

Die Ehescheidung wegen geistiger oder
körperlicher Gebrechen in der
obergerichtlichen Rechtsprechung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch die

Rechtswissenschaftliche Fakultät
der

Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von

August Kayser

Kammergerichtsrat in Berlin

1967

Druck:
ERNST-REUTER-GESELLSCHAFT
der Förderer und Freunde der Freien Universität Berlin e.V.
DISSERTATIONS-DRUCKSTELLE
1 Berlin 33, Garystr. 45

Die Ehescheidung wegen geistiger oder
körperlicher Gebrechen in der
obergerichtlichen Rechtsprechung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des akademischen Grades

eines Doktors der Rechte

durch die

Rechtswissenschaftliche Fakultät

der

Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von

August Kayser

Kammergerichtsrat in Berlin

1967

Dekan: Professor Dr. iur. Günter Warda
Erstberichterstatter: Professor Dr. iur. Paul Mikat
Zweitberichterstatter: Privatdozent Dr. iur. Dieter Schwab

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Juli 1967



Godehard, Dorothea,
Johanna und Ulrich

V o r w o r t

Die Arbeit von Paul Mikat über "die Ehescheidung wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen in der höchststrichterlichen Rechtsprechung"¹⁾ hat Klarheit über den Stand der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs gebracht. Der Beitrag verwendet aber nur das greifbare veröffentlichte Material und fordert daher seiner Anlage nach eine Untersuchung heraus, die die - grösstenteils unveröffentlichte - obergerichtliche Rechtsprechung umfasst. Der Verfasser hat den Versuch unternommen, diese Rechtsprechung darzustellen und die Herren Oberlandesgerichtspräsidenten um die Mitteilung von unveröffentlichten Entscheidungen ihrer Gerichte gebeten. Die Herren Oberlandesgerichtspräsidenten in Bamberg, Berlin, Braunschweig, Bremen, Celle, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hamm, Karlsruhe, Köln, München, Nürnberg, Oldenburg, Saarbrücken und Schleswig haben geholfen. Ihnen sei auf das herzlichste gedankt. Die Herren Oberlandesgerichtspräsidenten in Koblenz, Neustadt und Stuttgart haben nicht geantwortet. Dadurch ist manche Unvollständigkeit bedingt. Sie wiegt aber nicht so schwer, weil eine auch nur annähernd vollständige Materialbeschaffung schon wegen der für alle Berufungssachen bei den Oberlandesgerichten einheitlich geführten Register und der dadurch bedingten Schwierigkeiten des Heraussuchens der Ehesachen undurchführbar war.

1) FamRZ 1964, 1ff



Digitized by the Internet Archive
in 2026

I n h a l t

	Seite
I. Geschichtlicher Überblick	15
1. Die Zeit bis 1874	15
2. Das Werden des Bürgerlichen Gesetzbuchs	20
3. Die Entwicklung nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs	32
4. Der Einfluss des Nationalsozialismus	36
II. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte	43
1. Die Scheidung wegen eines auf geistiger Störung beruhenden Verhaltens, § 44 EheG	43
2. Die Scheidung wegen Geisteskrankheit, § 45 EheG	56
3. Die Scheidung wegen ansteckender oder ekelerregender Krankheiten, § 46 EheG	58
4. Die sogenannte Härteklausel, § 47 EheG	59
III. Das Verhältnis der Vorschriften über die Scheidung "aus anderen Gründen", §§ 44 bis 47 EheG, zum Grundgesetz	85
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungs- gerichts	85
2. Die Darlegungen von F. W. Bosch	89
3. Die Kritik von Ernst Wolf	91
4. Die Notwendigkeit verfassungskonformer Auslegung	97
5. Die verfassungskonforme Auslegung des Ehegesetzes durch die Gerichte	99
a) des Paragraphen 44 des Ehegesetzes	100
b) des Paragraphen 45 des Ehegesetzes	101
c) des Paragraphen 46 des Ehegesetzes	103
d) des Paragraphen 47 des Ehegesetzes	104
IV. Schlussbemerkung	106
Anhang, Verzeichnis der bekanntgewordenen einschlägigen unveröffentlichten Entschei- dungen	108

Literaturverzeichnis

- Achilles-Greiff (Beitzke, Bolck, Brüggemann, Eggel, Glaser, Greiff, Johannsen, Kiebusch, Kregel, Leiß), BGB unter Einarbeitung des Gleichberechtigungsgesetzes nebst Einführungsgesetz usw. mit Erläuterungen, 21. Aufl. mit Nachtrag, Berlin 1958/163
- Apelt Betrachtungen zum Bonner Grundgesetz in NJW 1949, Seiten 481ff
- Bachof, Otto Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz, Archiv des öffentlichen Rechts, 87, 1ff
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 27. Aufl., München und Berlin 1963
- Becker, W.G. Das Common Law als Methode der Rechtsfindung, Tübingen 1952
- Beitzke Familienrecht, 10. Aufl. 1962; 11. unveränderte Aufl. 1963
- Bell Ehescheidungsrecht und Reformprobleme, 1929
- Berghoff Entwicklungsgeschichte des Krankheitsbegriffs, Wien 1947
- Bettermann, K.A. (Scheffler u.a.), Die Grundrechte, Band IV
- Binswanger, O. Kritische Betrachtung in DJZ 1913, 58
- Blomeyer, Arwed Zivilprozessrecht
- Bonner Kommentar Das Grundgesetz
- Bosch, F.W. Familienrechtsreform, Siegburg 1952
- derselbe Gleichberechtigung im Bereich der elterlichen Gewalt, SJZ 1950, 626
- derselbe Eindämmen der Scheidungsflut durch Rechtsnormen?, Politisch-soziale Korrespondenz vom 15. März 1953, Seiten 10ff
- derselbe Grundsätzliche Auseinandersetzung um die Rechtsordnung in Ehe und Familie, Regensburg 1952/53
- derselbe Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie, Siegburg 1954
- derselbe Ehe und Familie in der Rechtsordnung (Gesetzgebung-Rechtsprechung-Wissenschaft) - Insbesondere ein Beitrag zum Thema "Gesetz und Richter", FamRZ 1966, 57

- Bosch, F.W. Ehescheidung gemäss § 48 EheG und missbräuchliche Rechtsausübung in FamRZ 1962, 182
- Brühl Unterhaltsrecht, 1960
- Büchner Allgemeine Pathologie, 1950
- Denzinger-Rahner, Karl Enchiridion symbolorum, definitio-
num et declarationum de rebus
fidei et morum, Freiburg 1952
- Dernburg, Heinrich Pandekten, 5. Auflage, Berlin 1897
- Dietz Familienrecht (Grundriss), 1952
- Dölle, Hans (Luther), Familienrecht, Darstel-
lung des deutschen Familienrechts
mit rechtsvergleichenden Hinweisen,
Karlsruhe, Band I 1964
- Dunz Schuldlose Eheverfehlungen
in NJW 1961, 1793ff
- Eckardt, Wolf-Dieter Die verfassungskonforme Gesetzes-
auslegung, Berlin 1964
- Enneccerus-Kipp-Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
IV. Band, 7. Bearb. 1931
- Erman (Arndt, Bartholomeyczik, Böhle-
Stamschräder, Drees, Groepper,
Hauß, Hefermehl, Hense, Küchenhoff,
Marquardt, Ronke, Schopp, Schulze-
Wenck, Seiler, Wagner, Weitnauer,
Westermann), Handkommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl.,
Münster 1962/1963
- Fahrner Geschichte der Ehescheidung im
kanonischen Recht, 1903
- Fischer-Breslau Familien- und Erbrecht
- Fischer-Henle (Titze), Bürgerliches Gesetzbuch
für das Deutsche Reich, 14. Aufl.,
München 1932
- Fraenkel, Ernst Der Pluralismus als Strukturelement
der Demokratie in Verhandlungen des
45. Deutschen Juristentages,
München und Berlin 1965, Band II
(Sitzungsberichte) unter B 1, 8
- Frank, Hans Nationalsozialistisches Handbuch
für Recht und Gesetzgebung
- Frantz Zu § 44 EheG
in SchlHA 1952, 17
- Frantz Die Ehezerüttung als Grundlage
der Scheidung
in FamRZ 1954, 190
- Freisler, Roland Vom alten zum neuen Ehescheidungs-
recht, Berlin 1937

- Gernhuber, Joachim Familienrecht, München 1964
Gerold Das Ehegesetz, Stuttgart 1950
Göppinger Geisteskrankheit als Scheidungs-
grund und der Begriff der geistigen Störung
in "Nervenarzt" 1954, 291ff
- von Godin, Ehegesetz vom 20. Februar 1946
Freiherrn Reinhard und mit Abdruck der noch in Kraft
Hans befindlichen Bestimmungen der
Durchführungsverordnungen zum
Ehegesetz vom 6. Juli 1938,
Berlin, 1. Aufl. 1947, 2. Aufl.
1950
- Greffin-Moral Das Eherecht, 1948
Habscheid-Meyer Neues Familienrecht, 1957
Hamann Das Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland vom 23. Mai
1949, 2. Auflage, Neuwied-Berlin
1961
- Hesse, Hans Gert Evangelisches Ehescheidungsrecht
in Deutschland, Bonn 1960
Imboden, Max Normkontrolle und Norminterpreta-
tion
in Festschrift für Hans Huber,
Bern, 1961
- Jacobi, Leonhard Gutachten zum 20. Deutschen Juri-
stentag
in Verhandlungen des 20. Deutschen
Juristentages, Band II, Seiten
206 ff
- Jakubetzky, Karl Bemerkungen zu dem Entwurfe eines
Bürgerlichen Gesetzbuches für das
Deutsche Reich, München 1892
- Kaufmann, Armin Die Dogmatik der Unterlassungs-
delikte, Göttingen 1959
- Krünitz, Johann Georg Oeconomische Encyclopädie, 1777
Lehmann, Heinrich Deutsches Familienrecht,
3. Aufl. 1960
- Lehmann-Brauns, Uwe Die staatsrechtliche Bedeutung
der Präambel des Grundgesetzes,
Dissertation Berlin 1965
- Lenel Die Voraussetzungen der Eheschei-
dung wegen Geisteskrankheit in
DJZ 1900, 215
- Maihofer Der Handlungsbegriff im Verbre-
chenssystem
in Festschrift für Eberhard Schmidt
Göttingen 1961
- von Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz,
Berlin und Frankfurt 1957

- Marloh Der Geisteskranke als Scheidungskläger
in FamRZ 1955, 319
- Maßfeller, Franz Das neue Ehegesetz, 1938,
später als Das Großdeutsche
Ehegesetz, 1939
- derselbe Das neue Familienrecht, 1952
später als Das Gesamte Familien-
recht, 2. Aufl. 1962
- Maunz-Dürig Das Grundgesetz, 1958
- Meisner, J. Das Bürgerliche Gesetzbuch für
das Deutsche Reich, 1905
- Michel, Helmut Die verfassungskonforme Auslegung
in JuS 1961, 274f
- Mikat, Paul Rechtsgeschichtliche und rechts-
politische Erwägungen zum Zer-
rüttungsprinzip
in FamRZ 1962, 81ff, 273ff, 497ff;
1963, 65ff
- derselbe Die Ehescheidung wegen geistiger
oder körperlicher Gebrechen in
der höchstrichterlichen Recht-
sprechung
in FamRZ 1964, 1ff
- Mitteis, Heinrich Familienrecht, 4. Aufl. 1949
- Mössmer, Ferdinand Neugestaltung des deutschen
Ehescheidungsrechts, 1937
- Müller-Freienfels Ehe und Recht, Tübingen 1962
- von Opet-von Blume Das Familienrecht des Bürger-
lichen Gesetzbuchs, Berlin 1906
- Palandt (Danckelmann, Gramm, Hoche, Kei-
del, Lauterbach), Bürgerliches Ge-
setzbuch mit Gleichberechtigungsge-
setz, Einführungsgesetz, Wohnungs-
eigentumsgesetz, Ehegesetz, Ju-
gendwohlfahrtsgesetz, Aussenwirt-
schaftsgesetz, Stationierungs-
schäden-Regelung, 24. Aufl. 1965
und 25. Aufl. 1966
- Pape, Willi Wahnsinn als Scheidungsgrund,
Goslar 1897
- Reichsgerichtsräte Kommentar (Denecke, Fischer,
Haager, Johannsen, Koeniger,
Kreft, Kregel, Krüger-Nieland,
Kuhn, Löscher, Nastelski, Pritsch,
Scheffler, Wilde, Wüstenberg),
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit
besonderer Berücksichtigung der
Rechtsprechung des Reichsgerichts
und des Bundesgerichtshofs, Kom-
mentar, herausgegeben von Reichs-

- Richter, Ludwig gerichtsräten und Bundesrichtern,
Band 4/2 9. Aufl., Band 4/1, 4/3
11. Aufl., Berlin 1940, 1959-1963
- Richter-Dove Die evangelischen Kirchenordnungen
des sechzehnten Jahrhunderts,
Weimar 1846
- Rilk, Otto Lehrbuch des katholischen und
evangelischen Kirchenrechts,
7. Auflage, Leipzig 1874
- Rosenberg, Curt Das neue Eherecht, 1938
- Rosenberg, Leo Ehescheidung und Eheanfechtung
nach deutschem und ausländischem
Recht und Ehescheidung der Aus-
länder in Deutschland, 2. Aufl.,
Halle-Leipzig-Berlin 1931
- Sauer, Wilhelm Lehrbuch des deutschen Zivil-
prozessrechts, 9. Aufl. 1961
- von Savigny, Friedrich C. Gerechtigkeit, 1959
- von Scanzoni Vermischte Schriften, Band 5,
Berlin 1850
- derselbe Das Grossdeutsche Ehegesetz,
2. Aufl. 1939, 3. Aufl. 1943
- Schack, Friedrich Scheidung ohne Verschulden, 1942
- Schaeffer-Wiefels Die verfassungskonforme Auslegung,
JuS 1961, 269
- Schmidt, Arthur B. Bürgerliches Recht, Familienrecht
86.-88. Aufl. 1944; 123-128. Aufl.
1962
- Schuschnigg Ehescheidung und richterliches
Ermessen, Sonderdruck aus der
Festgabe der Giessener Universität
für H. Dernburg
- Soergel-Siebert Die Verfassung des Bundesstaates
Österreich, Leipzig-Wien-Berlin
1936
- von Staudinger's (Abraham, Augustin, Ballerstedt,
Bauer, Baur, Eder, Ehard, Erddiek,
Germer, Glaser, Hefermehl, Kegel,
Lade, Lange, Lindenmaier, Mezger,
Mühl, Oechsler, Rothe, Schmidt,
Schröder, Schultze-Lasaulx,
Seydel, Siebert, Vogel, Volze,
Wlotzke), Bürgerliches Gesetz-
buch mit Einführungsgesetz und
Nebengesetzen, 9. Aufl., Band 4,
Stuttgart 1959/63
- (Engelmann-Keidel), Kommentar
zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
9. Aufl. 1926

<u>Süsterhenn-Schäfer</u>	Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, Koblenz 1950
<u>Stroux, Johannes</u>	Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik, Potsdam MCMXLX
<u>Tunica-Goldschmidt</u>	Ehescheidungsrecht, 2. Aufl., Berlin 1926
<u>Volkmar-Antoni-Rexroth-Ficker-Anz</u>	Großdeutsches Eherecht, 1939
<u>Weiß</u>	Der Kranke und die Krankheit, 1930
<u>von Weizsäcker</u>	Soziale Krankheit und soziale Gesundheit, 1930
<u>Welzel</u>	Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl.
<u>Wieczorek</u>	Zivilprozessordnung
<u>Wolf, Erik</u>	Ordnung der Kirche, 1960
<u>Wolf-Lüke-Hax</u>	Scheidung und Scheidungsrecht, Tübingen 1959
<u>Wulfert, F.</u>	Abhandlungen aus dem Familienrecht in Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess, herausgegeben von S. Hoffmann, R. von Sommerlatt und F. Wulfert, 1900
<u>You</u>	Le Préambule des traités internationaux, Fribourg 1941
<u>Zippelius</u>	Wertungsprobleme im System der Grundrechte

M a t e r i a l i e n, zeitlich geordnet

Erster Entwurf, 1888

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches,
5 Bände, 1888

Zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das
Deutsche Reich, Bemerkungen des königlich Preussischen
Justizministers über die in dem Rundschreiben des
Reichskanzlers vom 27. Juni 1889 hervorgehobenen Punkte,
Berlin 1891

Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zu dem
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1890,
Band IV 1891

Zweiter Entwurf von 1895

Reichstagsvorlage von 1896

Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung
des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben
im Auftrage des Deutschen Anwaltsvereins von Adams, Wilke,
Mecke, Hartmann und Erythropel, 1896

Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines
Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1896

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs,
Berlin 1896

Stenografische Berichte über die Sitzungen des Reichstags,
1895/1896

Protokolle der II. Kommission, 7 Bände 1897-1899

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, 5 Bände, Berlin 1899

S a m m l u n g e n

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)
Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)
Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ)
Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE)
Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die
Britische Zone (OGHBrZE)

Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt
Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,
herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (LM)
Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess
Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
(SeuffA)

SBZ von 1955 bis 1958, Die Sowjetische Besatzungszone
Deutschlands in den Jahren 1955-1958, herausgegeben
vom Bundesministerium für gesamtdeutsche Fragen, zusam-
mengestellt und bearbeitet von Fritz Kopp und Günter
Fischbach, Bonn/Berlin 1961

SBZ von A bis Z, Ein Taschenbuch und Nachschlagebuch
über die Sowjetische Besatzungszone Deutschlands, heraus-
gegeben vom Bundesministerium für gesamtdeutsche Fragen
im Zusammenwirken der Publikationsstelle des Bundesmini-
steriums für gesamtdeutsche Fragen mit dem Büro Bonner
Berichte und einer grossen Zahl von Mitarbeitern aus Wissen-
schaft und Praxis, Redaktion Günter Fischbach, 9. Aufl.,
Bonn 1965

Verhandlungen des 20. und des 45. Deutschen Juristentages
Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Warn)

Z e i t s c h r i f t e n

Deutsche Justiz (DJ)
Deutsche Juristenzeitung (DJZ)
Die öffentliche Verwaltung (DÖV)
Juristische Rundschau (JR)
Juristische Wochenschrift (JW)
Juristenzeitung (JZ)
Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)
Neue Justiz (NJ)
Neue Juristische Wochenschrift (NJW)
Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)
Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)

I. Geschichtlicher Überblick

1. Die Zeit bis 1874

Das Recht der Ehescheidung weist in Deutschland wie auch in den anderen europäischen Staaten¹⁾, eine sehr uneinheitliche Entwicklung auf²⁾. Zumindest seit der Zeit der Reformation ist die "einheitliche Auffassung vom Wesen der Ehe und von dem sie beherrschenden Recht"³⁾ nicht mehr anzutreffen. An die Stelle des kanonischen Rechts, das bisher weitgehend herrschend gewesen war, traten Meinungen und Richtungen des Protestantismus vielfältigster Art. Der mit der Reformation einhergehende Prozess der "Entsakramentalisierung"⁴⁾ der Ehe war eins mit der Lösung vom alten Recht. Den bisher geltenden einheitlichen Normen folgten Rechtssetzungen der landesherrlichen Gewalt, das gemeine protestantische Kirchenrecht⁵⁾ und die mannigfachsten regionalen Kirchenordnungen. Die Ansichten darüber, was als Scheidungsgrund zuzulassen sei, waren von Anfang an schwankend. In manchen Kirchenordnungen war

-
- 1) vgl. Mikat, Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip, FamRZ 1963, 67.
 - 2) Eine ausführliche historische Darstellung bietet Gerhard Lüke in Wolf-Lüke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, Tübingen 1959, Seiten 30 bis 90.
 - 3) Müller-Freienfels, Ehe und Recht, Seite 18
 - 4) Erik Wolf, Ordnung der Kirche, 1960, Seite 311
 - 5) Richter-Dove, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 7. Aufl., Leipzig 1874, Seite 3 Anm. 1, äussern sich zu kritischen Stimmen, die die Existenz eines gemeinen deutschen evangelischen Kirchenrechts bestritten hatten. Sie nennen den einheitlichen Grundcharakter der kirchlichen Rechtsinstitute, der nicht "auf der zufälligen Übereinstimmung particulärer Schöpfungen beruht, sondern auf der rechtserzeugenden Kraft höherer Gesamtheiten", als das Merkmal eines gemeinen deutschen evangelischen Kirchenrechts.

Krankheit als Scheidungsgrund ausdrücklich zugelassen¹⁾, andere²⁾ lehnten sie als solchen ab.

Einige Kirchenordnungen geben nur den Ehebruch als

-
- 1) Züricher Chorgerichtsordnung von 1525 bei Richter, Die evangelischen Kirchenordnungen des sechzehnten Jahrhunderts, I 21,22:
So nun die ee von gott yngesetzt ist unküschheit ze vermyden; und aber dick erfunden werdend, die von natur oder anderen gebresten ungeschickt oder unmügend sind zu eelichen werken; söllend sy nüt dest minder ein jar fründlich by einandren wonen, ob es um sy besser wurde durch jr und andrer biderber lüten fürbitten willen. Wirt es nit besser in der zyt, soll man sy von einandren scheiden, und anderswo sich vermälen lassen.
Item grösser sachen denn eebruch, als so eines das leben verwurkte, nit sicher von einandren wärind, wutende, unsinnige, mit hury tratzen, oder ob eines ander unerloubt verliesse, lang us wäre, ussätzig und derglychen, darin nieman von unglyche der sachen kein gwüß gsatz machen kann; mögend die richter erfaren und handeln, wie sy gott und gestalten der sachen werdend underwysen.

Baseler Kirchenordnung von 1529 bei Richter aaO I 120,126:

Was sachen sich sonst in schyedung der Ee der gestalten zugetragen, das der ein theyl von natur zu Eelichen werken vntüchtig. Item so eins das leben verwirkte, nit sicher voreinandren werend, wütende, vnsinnig, oder ob eins das ander vnerloubt verlassen mit hury tratzen. Item vssetzig würde, vnd der glichen, darinn niemant von vngliche der sachen kein gewiss gesatz machen kann, Mögend die Berichter erfaren, vnd wie sy Gott, vnd gestalt der sachen vnderwysend, handeln.

Wohl auch Preußische Konsistorialordnung von 1584 bei Richter aaO II 462,468:

Es wird auch oftmals in Ehesachen diese Klage fürgebracht, dass ein Ehegatte dem anderen nach dem Leben stehe und dass einer ohne Gefahr seines Leibes und Lebens nicht könne bei dem anderen bleiben, insgemein aber, dass der Mann ganz tyrannisch und unmenschlich mit seinem armen Weibe umgehe und dermassen in sie saevire, dass sie davon dermaleinst leichtlich den Tod haben möcht, würde derowegen zur Verhütung grösseren Unglücks, sie voneinander zu scheiden angehalten und gebeten.

- 2) Niedersächsische Kirchenordnung von 1585 bei Richter aaO II 459,472:
Unheilbare Krankheit, Diebstahl, Mord, Verfestung und Landesverweisung, Unfruchtbarkeit etc. sind keine Gründe der Scheidung.

Scheidungsgrund an¹⁾, andere führen weitere Gründe an²⁾. Überwiegend war "im sechzehnten Jahrhundert eine allgemeine Ansicht von der negativen Seite vorhanden, insofern die Scheidung aus Willkür oder wegen eines dem einen Theil widerfahrenden Unglücks" als schlechterdings unzulässig angesehen wurde³⁾. Das Oberappellationsgericht Jena beurteilte die Rechtslage für das Gebiet des gemeinen Rechts in Übereinstimmung mit früheren Entscheidungen⁴⁾ dahin, dass der während der Ehe auftretende Wahnsinn eines Ehepartners kein Recht zur Scheidung biete. Die Rechtsansicht wurde vom Reichsgericht gebilligt⁵⁾. Anders entschied sich die Juristenfakultät zu Leipzig in

-
- 1) Landesordnung des Herzogtums Preußen von 1525 bei Richter aaO I 28, 32 Abschnitt "Ehebruch" Absatz 2; Kirchenordnung der Stadt Goslar von 1531 bei Richter aaO I 154, 156;
 - 2) Pommersche Kirchenordnung von 1535 bei Richter aaO I 248, 250; Hannoversche Kirchenordnung von 1536 bei Richter aaO I 273, 277; Württembergische Eheordnung von 1537 bei Richter aaO I 279, 280, 281; die Hüttenberger Kirchenordnung von 1555 bei Richter aaO II 162, 163 (Nr. 13) verweist wegen der Ehescheidung auf das geistliche und kaiserliche Recht.
 - 3) Thüringisches OLG zu Jena vom 20. Juni 1881, Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Band 29, 65-67 unter Berufung auf Richter, Kirchenrecht, § 282 Anm. 2 (offenbar einer früheren Auflage), vgl. Richter-Dove, aaO Seiten 991, 992.
 - 4) OAG Jena vom 31. Dezember 1829, SeuffA 5, 402ff; OAG Celle vom 25. Juni 1845, wie auch die Vorinstanz, das Consistorium zu Hannover, SeuffA 7, 76f - aa daselbst Anm. 1 noch Consistorium zu Stade und OAG Celle vom 10. Mai 1820 -; OAG Celle vom 29. Dezember 1866, SeuffA 23, 64f.
 - 5) RGZ 7, 154 bis 158 vom 7. Juli 1882 mit ausführlicher Literaturangabe; vgl. auch ausführlich Stadthagen im Reichstag am 26. Juni 1896, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages 1895/96, Seite 2952f.

dem Rechtsgutachten von 1869¹⁾. Sie vertrat den Standpunkt, der Scheidungsgrund des "unheilbaren Wahnsinns" müsse zugelassen werden, berief sich dafür auf die uneinheitliche Auslegung von Matth 19,9 und räumte ein, die Mehrzahl der deutschen Reformatoren habe die Ehescheidung wegen unheilbaren Wahnsinns nicht zugelassen. Indes seien dem, so wird ausgeführt, andere entgegengetreten²⁾. Der Auffassung der Reformatoren könne schon deshalb nicht beige-pflichtet werden, weil die von ihnen betonte "Strenge im Ehescheidungsrechte von der bedenklichen Connivenz begleitet sei, dem Ehemanne, dessen Frau in unheilbare Krankheit ver falle, zwar nicht die Scheidung, aber die polygamische Schliessung einer neuen Ehe zu gestatten". Es wird angeführt, Luther habe in dem Gutachten aus dem Jahre 1527³⁾ wegen eines den einen Ehegatten betroffenen Aussatzes dem anderen die Wiederverheiratung zugestanden. Die Fakultät beruft sich auf die in Übereinstimmung mit dem Wittenberger Consistorium modifizierte Auffassung Melanchtons, der mit Joachim von Beust und Melchior King die Wiederheirat gestattet, sofern nur für den Kranken gesorgt werde und der Gesunde sich, wo möglich, ausser Landes begeben⁴⁾. Mit dem Hinweis auf die genannte Literatur und den Stand der Territorialgesetzgebungen⁵⁾ greift

1) Zitiert nach SeuffA 28, 224 bis 227

2) Butzer, de regno Christi, c. 42; Sarcerius, Bl. 222ff und Monner pag. 180 ed. Jenae 1604

3) Werke, Altenburger Ausgabe, Band 8, Seite 970

4) Hinweis auf Bruckner, decisiones jur. matr. p. 600ff, wonach auch Moldrad, de matrimonio, p. 46, das kurhessische Consistorium, die juristische Fakultät zu Jena, Conanus, Rennemann, Aretius, Danaeus sowie spätere Schriftsteller, unter anderen Johann Ulrich Calixtus, Balduin, Brückner, J.H. Böhmer, Pufendorf, Leyser, Langer, Dabelow, Hartisch, die juristische Fakultät in Frankfurt und das Berliner Consistorium - Dove und Friedberg, Zeitschrift für Kirchenrecht, Band 7, 73ff und 39f- den Ehescheidungsgrund anerkennen.

5) Preußen, ALR II, 1, § 698; Sachsen, BGB § 1743; Baden, LR, Band 1, Teil VI, Seite 232 und EheO vom 15. Juli 1807, Art. 43 Nr. 1; Hessen, Hinweis auf Büff, Churhessisches Kirchenrecht, Seite 676;

die Fakultät auf den gemeinrechtlich unbestrittenen Begriff der Ehe zurück als der "Verbindung zwischen Mann und Weib zu ungeteilter Gemeinschaft des Geistes und des Körpers, dem consortium omnis vitae consuetudo". Sie stellt die Frage, ob der genannte Zweck der Ehe, sei es "die Kindererzeugung, sei es, dass er in gegenseitiger Unterstützung gefunden werden mag", durch den Wahnsinn vereitelt werden kann. Die Frage wird von der Fakultät - freilich gegenüber erheblichen moralischen Bedenken - bejaht: "Auch darf der Wahnsinn nicht mit anderen Krankheiten auf gleiche Linie gestellt werden, denn diese affizieren den Körper, jener aber tötet den Geist und löset jede innere Beziehung zwischen den Ehegatten. Ja gerade wenn man das kirchliche Motiv für die Untrennbarkeit des ehelichen Bandes adoptiert, dass der geistige Bund zwischen den Ehegatten ein Sinnbild der Vereinigung Christi mit seiner Gemeinde sei, wird man hier die Scheidung zulassen müssen, da eben das geistige Band zwischen dem gesunden und dem wahnsinnigen Ehegatten zerrissen ist..."¹⁾.

Diesen widersprüchlichen Rechtszustand fand der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches im Ausgang des 19. Jahrhunderts vor²⁾. Nur von ihm ausgehend können die nun folgenden Erörterungen in den Kommissionen und im Plenum des Reichstages verstanden werden.

1) SeuffA 28, 226

2) Eine umfassende Darstellung findet sich bei Hesse, Evangelisches Ehescheidungsrecht in Deutschland, Seiten 29-44.

2. Das Werden des Bürgerlichen Gesetzbuches

Die Kommission, die nach den Beschlüssen des Bundesrats vom 22. Juni und 2. Juli 1874 damit betraut war, den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches aufzustellen, beendigte ihre Beratungen am 30. März 1889. Sie legte den Entwurf erster Lesung mit dem Bericht vom 27. Dezember 1887 dem Reichskanzler vor. Ein Scheidungsrecht der Geisteskrankheit enthielt der Entwurf nicht. Die Kommission führte vielmehr aus, der christlichen Gesamtanschauung des deutschen Volkes entsprechend müsse davon ausgegangen werden, dass im Eherecht nicht das Prinzip der individuellen Freiheit herrschen dürfe, sondern die Ehe als eine von dem Willen der Ehegatten unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung anzusehen sei¹⁾. Da die Ehe ihrem Begriff und Wesen nach unauflöslich, die Scheidung daher stets etwas Anomales sei, so verdiene sie schon aus diesem Grunde keine Begünstigung²⁾. Der Staat habe, so heisst es weiter, ein dringendes Interesse daran, darauf hinzuwirken, dass die Ehe als die Grundlage der Gesittung und der Bildung zu fördern, die Ehescheidung aber zu erschweren sei. Die vom Preussischen Allgemeinen Landrecht und von anderen ähnlichen Gesetzgebungen in "einseitiger Berücksichtigung der geschlechtlichen Seite der Ehe bald in grösserer, bald in geringerer Ausdehnung zugelassene Scheidung wegen... unheilbarer körperlicher Krankheiten" werde dem Wesen und der sittlichen Natur der Ehe, "welche es mit sich bringen, dass die Ehegatten, wie Freude und Glück, so auch Leid und Unglück miteinander tragen müssen, nicht gerecht"³⁾.

Für den Fall der Geisteskrankheit auch im engeren, strengen Sinne machte die Kommission keine Ausnahme.

1) Motive, IV, 562

2) Motive, IV, 563

3) Motive, IV, 569

Sie begründete das mit der Erwägung, die Voraussetzungen, von denen die Ehescheidung abhängig gemacht werden müsse, seien zu unbestimmt und ermöglichten die Scheidung wegen Geisteskrankheit auch in solchen Fällen, in denen dies eine nicht zu rechtfertigende Härte gegen den geisteskranken Ehegatten darstelle und von ihm auch empfunden werden könne¹⁾. Zudem sei in denjenigen Rechtsgebieten, in denen die Scheidung wegen Geisteskrankheit nicht zugelassen sei, also im wesentlichen in den Gebieten des Gemeinen Rechts, ein praktisches Bedürfnis für die Scheidung nicht hervorgetreten^{2) 3)}. Der Kommissionsentwurf wurde in den folgenden Jahren in der Öffentlichkeit lebhaft erörtert. Die einzelnen Stimmen wurden vom Reichs-Justiz-Amt gesammelt und dargestellt⁴⁾. Während der Scheidungsgrund der später unverschuldet eingetretenen körperlichen Gebrechen und Krankheiten (einschliesslich der Impotenz) fast einhellig abgelehnt wurde⁵⁾, waren die Meinungen zur Geisteskrankheit

1) Motive, IV, 571

2) Motive, IV, 572

3) In den Jahren 1886 bis 1895 sind in Berlin 131 Ehen wegen Wahnsinns geschieden worden, mitgeteilt von Schönstedt, Preußischem Staats- und Justizminister, im Reichstag am 26. Juni 1896, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages 1895/1896, Seite 2951; sehr aufschlussreich der Hinweis auf Strippelmann, der gesagt haben soll, Wahnsinn und "ekelhafte Krankheiten" müssten Scheidungsgrund sein, weil sie die Strafe für die Frevel des damit Behafteten seien. Hieraus sei zu folgern, dass dann auch Verschulden vorliegen müsse.

4) Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserung zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, 1890, Band IV, Seite 286 bis 293

5) So Hinschius, von Scheurl, Klöppel, Köstlin, Zorn, Rathmann und der kirchliche Zentralverein für die Provinz Sachsen, sämtlich näher nachgewiesen wie 4), Seite 286, für Einführung dagegen Minna Dittmer in einer nicht näher bezeichneten Eingabe und Leonhard Jacobi, Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages II, 206ff, 211, unter Berufung auf die Zwecksetzung der ehelichen Gemeinschaft.

geteilt¹⁾. In beiden Lagern traten entscheidende neue Argumente nicht zutage²⁾. Es wurde auf die zweifelhafte Praktikabilität beim Nachweis der Unheilbarkeit von Geisteskrankheiten³⁾, von der Gegenseite etwa auf den Widerspruch der eheauflösenden Wirkung von Todeserklärungen bei der Wiederverheiratung und auf den Mangel an Sinn für reale Gesichtspunkte⁴⁾ hingewiesen. Wesentlich scheint allein der Hinweis mancher Autoren auf das Aufhören der geistigen Gemeinschaft bei den schwersten Formen der Geisteskrankheit, "das geistige Siechtum mit dem Untergang der früheren gesunden Persönlichkeit"⁵⁾, die "Ver-nichtung der Persönlichkeit"⁶⁾ und die "völlige Unfähigkeit des Verständnisses oder der Empfindung

1) Gegen Zulassung Klöppel, Köstlin, Rathmann, Minna Dittmer, Stübel, der kirchliche Zentralverein für die Provinz Sachsen, die Norddeutsche Allgemeine Zeitung vom 24. November 1888, vom ärztlichen Standpunkt aus Roth, Risel, Schäfer, für Zulassung L. Jacobi, Mayer, Förtsch, Goldfeld, Zirndorfer, Bähr, Berolzheimer, Hinschius, von Scheurl, Binger, Gierke, Flesch, Fuld, Pfizer, die 2. Abteilung des 20. Deutschen Juristentages, vom ärztlichen Standpunkt aus Mendel, von Krafft, Meschede, das Berliner Tageblatt vom 1. September 1888, die Berliner Zeitung vom 24. August 1889, die Frankfurter Zeitung vom 6. September 1889, der Rheinische Courier vom 12. September 1889, das Berliner Volksblatt vom 17. September 1889, die Norddeutsche Allgemeine Zeitung vom 22. September 1889, vgl. oben die gegenteilige Stellungnahme, der Börsencourier vom 15. Februar 1890, sämtlich näher nachgewiesen wie 4) Fussnote S. 21, Seiten 287/288

2) Wie 4) Fussnote S. 21, Seite 288

3) Roth, Vierteljahrsschrift für gerichtliche Medizin, 1888, 229 ff

4) Hinschius, L. Jacobi, Pfizer, Förtsch, Mende, sämtlich wie 1)

5) von Krafft, Gutachtliche Äusserungen, IV, 292

6) Jolly, wie 5), 292

für das eheliche Verhältnis¹⁾ zu sein. Leonhard Jacobi geht davon aus²⁾, dass es die Aufgabe der Staatsgewalt sei, kraft ihrer Unveräusserlichkeit unter Zurückweisung aller kirchlichen Beeinflussung das Eherecht ausschliesslich nach rechtlichen und politischen Gesichtspunkten zu ordnen, dass der Zweck des Staates nur das Wohl und Gedeihen der Gesellschaft sei, dass es für die Sittlichkeit im Staate und für das sittliche Urteil über die von ihm aufgestellten Normen nur den Maßstab des gesellschaftlich zweckmässigen gebe, dass also die Gestaltung des Ehescheidungsrechts weder ein absolutes Dogma, noch ein unbestimmtes Vollkommenheitsideal, sondern nur der geschichtlich gegebene Zustand der Staatsgesellschaft sei. Auf dieser Grundlage wendet sich Jacobi gegen die Motive und dagegen, dass die Ehe ihrem Wesen nach unauflöslich, die Scheidung daher stets etwas Anomales sei. Er führt aus, der Staat habe das Verbot der "Selbstentscheidung" erlassen und müsse als "Entgelt" dafür ein bürgerliches Ehescheidungsrecht dem Gesellschaftszweck entsprechend normieren. Als bürgerliche Zwangsanstalt könne er ein Versprechen, die Ehe zu halten, bis dass der Tod sie scheide, weder fordern, noch dulden, da nicht selten die Ehezwecke sich als ganz vereitelt herausstellten, eine zwangsweise aufrecht erhaltene Ehe dann aber unsittlich wäre, weil gesellschaftlich nutzlos oder gar gefährlich. Ein Staatsinteresse an der Aufrechterhaltung unsittlicher, verfehlter und zerrütteter Ehen existiere aber nicht. Würde man gleichzeitig - vielleicht einem religiösen Dogma oder der Idee einer idealen Sittlichkeit zuliebe - die Ehescheidung materiell in einer den tatsächlichen Verhältnissen nicht genügend Rechnung tragenden Weise beschränken, so würde naturgemäss eine sittliche und materielle Verschlechterung des

1) Dittmar, Direktor der Bezirksirrenanstalt in Stephansfeld, wie 5) Fussnote S. 22, Seite 292
2) Gutachten zum 20. Deutschen Juristentag 1889 in Strassburg, Verhandlungen, II, 110 ff

Familienlebens durch hervorbrechende Selbsthilfe die unausbleibliche Folge sein. Der deutschen Nation gereiche es aber geradezu zum Ruhme, dass sie infolge ihrer tiefsittlichen Auffassung von dem Wesen der Ehe ein lebhafteres Scheidungsbedürfnis habe als andere Völker¹⁾. Auch der Deutsche Anwaltsverein nahm zu dem ersten Entwurf Stellung. Er bejahte die Notwendigkeit, den Scheidungsgrund der Geisteskrankheit in das deutsche Recht allgemein einzuführen²⁾: "Der Standpunkt, dass ... nur Scheidungsgründe anerkannt werden, welche auf dem Prinzip der Verschuldung des einen Ehegatten beruhen, dass daher insbesondere der Ehescheidungsgrund der Raserei und des Wahnsinns, der gänzlichen Verstandszerrüttung, nicht anerkannt wird, nicht anerkannt trotz der wirtschaftlichen Nachteile und der sittlichen Gefahren, welche dem Ehegatten und den Kindern drohen, wenn ersterer durch Versagung dieses Scheidungsgrundes gehindert ist, eine neue Ehe einzugehen, ist eine Neuerung, welche den Bedürfnissen des Lebens, den realen Verhältnissen, dem Charakter der Ehe als eines Rechtsverhältnisses, eines nicht nur sittlichen, sondern auch rechtlichen Instituts kaum entspricht. Dies um so mehr, als auch das landesherrliche Ehescheidungsrecht, das auf dem Gebiet des Ehescheidungsrechts die Stelle der Gnade auf dem Gebiet des Strafrechts einzunehmen hätte, aufgehoben wird".

Der Preußische Justizminister nahm zu dem ersten Entwurf ebenfalls Stellung. Er führte aus³⁾, die

- 1) Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, IV, 383
- 2) Berolzheimer in Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben im Auftrage des Deutschen Anwaltsvereins von Adams, Wilke, Mecke, Hartmann und Erythapel, Seite 310 f
- 3) Zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bemerkungen des königlich Preußischen Justizministers über die in dem Rundschreiben des Reichskanzlers vom 27. Juni 1889 hervorgehobenen Punkte, Berlin, 1891, Seiten 261 bis 263.

Scheidung wegen Geisteskrankheit sei zuzulassen, wenn die Krankheit unheilbar und so hochgradig sei, dass durch sie die geistige Gemeinschaft der Ehegatten dauernd ausgeschlossen werde¹⁾. Er wies darauf hin, dass bereits 1842 dem Antrag der von Friedrich Wilhelm IV. eingesetzten Kommission zur Reform des landesherrlichen Scheidungsrechts auf Abschaffung des Scheidungsgrundes der Raserei und des Wahnsinns in den Beratungen des preußischen Staatsministeriums widersprochen worden sei²⁾. Unter Hinweis auf die gesetzliche Regelung im Königreich Sachsen³⁾, im Grossherzogtum Baden⁴⁾ sowie im Kanton Zürich wurde den die Zulassung befürwortenden Autoren zugestimmt und die Gegenmeinung, insbesondere, soweit die Unsicherheit der medizinischen Diagnose und Prognose geltend gemacht war, verworfen.

Karl Jakubetzky, Mitglied der ersten Kommission, nahm zu dem Entwurf erster Lesung öffentlich Stellung⁵⁾. Er führte aus⁶⁾, es sprächen gewichtige Gründe dafür, "im Falle einer Geisteskrankheit, durch welche die Ehe in Wahrheit zerrissen ist, wie durch den Tod⁷⁾, so dass 'es eine blossе Fiktion ist, noch von einer Ehe zu reden,' die Scheidung zuzulassen. Dabei verwies er sowohl auf das Beratungsergebnis der Bayerischen Kommission⁸⁾, als auch auf die Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages⁹⁾. Er

1) aaO, 261

2) vgl. von Savigny, Vermischte Schriften, Band 5, 308

3) § 1743 SBGB: "Wegen Geisteskrankheit, in welche ein Ehegatte während der Ehe verfällt, kann der andere Ehegatte Scheidung verlangen, wenn auf Grund einer in einer Landesanstalt stattgefundenen dreijährigen Beobachtung des erkrankten Ehegatten von den Anstaltsärzten bezeugt wird, dass die Geisteskrankheit eine unheilbare ist."

4) L. R. Satz 232a

5) Karl Jakubetzky, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, München, 1892

6) aaO, Seite 307

7) Hinweis auf Dernburg, Pandekten, 2. Aufl. 1888-1889, § 10, Note 12 (in der 5. Aufl. 1897 kritisch zu RGZ 7, 154 in Note 14)

8) Protokoll vom 4. Juni 1881, dem Verfasser nicht zugänglich

9) Verhandlungen IV, 339 bis 410; II, 107, 108 und Jacobi, daselbst 207 bis 211, 217

führte aus, das von der Kommission des XVIII. Deutschen Ärztetages (1890) erhobene Bedenken, dass selbst nach mehrjähriger Dauer einer als unheilbar erscheinenden Krankheit ausnahmsweise wider Erwarten Genesung eintreten könne, habe auf dem Ärztetag selbst Widerspruch gefunden.

Am 4. Dezember 1890 beschloss der Bundesrat, den Kommissionsentwurf einer zweiten Lesung zu unterziehen. Er berief hierzu eine neue Kommission von zweiundzwanzig Mitgliedern. Die Fassung zweiter Lesung wurde Ende Oktober 1895 dem Bundesrat vorgelegt¹⁾. Dieser zweite Entwurf liess die Scheidung zu, "wenn der andere Ehegatte in Geisteskrankheit verfallen ist, die Krankheit während der Ehe mindestens drei Jahre gedauert und einen solchen Grad erreicht hat, dass die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben, auch jede Aussicht auf Wiederherstellung dieser Gemeinschaft ausgeschlossen ist."

Am 17. Januar 1896 gelangte der Entwurf an den Reichstag. Dieser überwies ihn am 6. Februar 1896 einer Kommission von einundzwanzig Mitgliedern²⁾. Von evangelischen Kommissionsmitgliedern wurde ausgeführt, man könne den Entwurf zweiter Lesung im allgemeinen rechtfertigen, auch vom Standpunkt des Rechts der Heiligen Schrift aus, weil dieses Recht "der analogen Auslegung fähig" sei³⁾. Nur der Ehescheidungsgrund der Geisteskrankheit sei "unbedingt verwerflich"⁴⁾. Die katholischen Mitglieder wandten sich gegen die Möglichkeit einer Scheidung überhaupt. Sie verlangten die Anwendung des kirchlichen Rechts auf die Katholiken⁵⁾. Gehe man von der Unauflöslichkeit der Ehe aus, so meinten sie, so müsse zunächst die Ehescheidung wegen Geisteskrankheit als "absolut unzulässig"

1) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin, 1896, Seiten 3 und 4

2) Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin, 1896, Seite 1

3) aaO, 193

4) ebenda

5) ebenda

bezeichnet werden¹⁾. Sie falle auch aus dem Rahmen heraus, den im übrigen der Entwurf festgehalten habe²⁾. Dagegen wurde von anderen Mitgliedern erwidert, namentlich in Arbeiterkreisen werde es, wenn die Mutter wegen Geisteskrankheit im Hause fehle, als überaus drückend empfunden, dass die Ehe nicht geschieden werden könne, um die geisteskranke Mutter durch eine neue Hausfrau zu ersetzen, "welche sich in legitimer Weise der Kinder annehmen" könne³⁾. Von anderer Seite wurden solche Zweckmässigkeitsgründe zurückgewiesen und dafür betont, keiner der aufgestellten Ehescheidungsgründe widerspreche dem sittlichen Charakter der Ehe und einer religiösen Auffassung der aus ihr sich ergebenden Pflichten so sehr als gerade dieser; man müsse erwarten, dass sich bei schwerer Prüfung gerade die Liebe der Ehegatten zeige, "wenn nicht die eheliche Liebe, so doch immer noch die christliche Liebe"⁴⁾. Mache man aus der Geisteskrankheit einen Ehescheidungsgrund, "so werde die Entwicklung sehr bald dahin führen, dass auch andere schwere Krankheiten zu Ehescheidungsgründen gemacht würden, weil solche anderen schweren Krankheiten unter Umständen noch viel mehr die geistige Gemeinschaft der Ehe verhindern könnten und für den andern Ehepart noch viel lästiger sein könnten als die Geisteskrankheit"⁵⁾.

Die Reichstags-Kommission lehnte die Bestimmung in erster und zweiter Lesung ab. Hiernach wurde die Ehe angesehen als das *consortium omnis vitae*, als eine *divini et humani iuris communicatio*⁶⁾, die nur durch Schuld zerrissen werden kann⁷⁾, von der das evangelische Kirchenrecht ausgegangen ist⁸⁾ und bei der es

1) aaO, 194

2) ebenda

3) aaO, 208

4) ebenda

5) ebenda, ein Argument, das sich als richtig herausstellen sollte.

6) Digesten 23,2,1

7) Zorn, Verhandlungen zum 20. Deutschen Juristentag, IV, 395

8) vgl. RGZ 7, 154

für den Bestand nicht entscheidend darauf ankommen kann, ob einzelne Zwecke erreicht werden können oder nicht.¹⁾

In der Sitzung vom 26. Juni 1896 wurde § 1552 der Regierungsvorlage²⁾ behandelt. Es lagen Anträge des Abgeordneten Auer³⁾ und Lenzmann⁴⁾ auf Wiederherstellung der Vorlage vor. Die Begründung gab Lenzmann. Er hob hervor, dass die Scheidung wegen Geisteskrankheit nur verlangt werde, wenn eine vollständige durch kein lucidum intervallum mehr unterbrochene Umnachtung eines Eheteils vorliege⁵⁾, wenn es also zu einer völligen Aufhebung der geistigen Gemeinschaft gekommen sei. Es liege dann bereits die Trennung der Ehe durch das Unglück vor "infolge einer Schickung, einer Vorsehung, ebenso wie es beim Tod der Fall ist"⁶⁾. Diesen Ausführungen widersprach der Vertreter Bayerns, Ritter von Heller, mit dem Hinweis darauf, die Scheidung aus dem Grunde widerspreche der christlichen und allgemein sittlichen Auffassung, wonach nur wegen Verschuldens geschieden werden dürfe⁷⁾. Der Abgeordnete Buchka⁸⁾ stellte es auf die sozialen Fragen ab, verglich wie der Vorredner die Geisteskrankheit mit anderen Unglücksfällen in der Familie, wies auf das Treueversprechen der Ehegatten hin und stellte schliesslich fest, so lange ein Mensch noch lebe, habe niemand das Recht, ihn "als todt" zu behandeln⁹⁾.

1) vgl. Spahn, Vizepräsident des Deutschen Reichstages und Vorsitzender der Reichstags-Kommission, die am 6. Februar 1896 bestellt worden ist und sich am 7. Februar 1896 konstituiert hat, in "Juristische Rundschau für das katholische Deutschland", Ergänzungsband I, 56 ff.

2) Identisch mit § 1554 der Bundesratsvorlage letzter Fassung: "Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte in Geisteskrankheit verfallen ist, die Krankheit während der Ehe mindestens drei Jahre gedauert und einen solchen Grad erreicht hat, dass die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben, auch jede Aussicht auf Wiederherstellung dieser Gemeinschaft ausgeschlossen ist".

3) und Genossen aus der Sozialdemokratischen Partei
4) und Genossen aus der Deutschen Freisinnigen Volkspartei

5) Sitzungsberichte 1895/96, 2947

6) aaO, 2948 7) aaO, 2949

8) Deutsch-konservative Partei 9) aaO, 2950

Unter Bezugnahme auf die Praxis des protestantischen gemeinen Kirchenrechts und bereits vorhandene gesetzliche Regelungen begründete sodann der preußische Staats- und Justizminister von Schönstedt die Regierungsvorlage¹⁾. Der Abgeordnete Stadthagen²⁾ schloss sich unter Anführung weiterer historischer Gesichtspunkte an. Es erwiderte noch der Abgeordnete Gröber³⁾. Er legte die Gefahr der Ausweitung auf andere Tatbestände, insbesondere auf die ekelerregenden Krankheiten dar. Schliesslich gab der Abgeordnete Osann⁴⁾ die Auffassung auch seiner Fraktion bekannt, nach welcher die Scheidung nur möglich sein sollte, wenn "der geistige Tod eingetreten" sei, der "also jede Berührung und Empfindung der Seele unmöglich" mache⁵⁾. Nach weiteren Wortmeldungen der Abgeordneten Gamp⁶⁾, Munckel⁷⁾ und Pauli⁸⁾, von Buchka, Gröber⁹⁾ sowie der Vertreter Sachsens - Graf von Hohenthal - und Badens - von Jagemann - kam es zur Abstimmung. Die

-
- 1) Sitzungsberichte 1895/96, 2951, 2952
 - 2) Sozialdemokratische Partei
 - 3) Zentrum
 - 4) Nationalliberale Partei
 - 5) aaO, 2958
 - 6) Reichspartei
 - 7) Deutsche Freisinnige Volkspartei: "... von einem besonderen Mitleid für den Kranken, hinausgehend über die Fürsorge, die ihm das Gesetz gibt, kann keine Rede sein. Ein sittliches Band hat aufgehört mit dem Erlöschen der Vernunft; und wenn die Seele auch noch bleibt - eine Seele hat, glauben wir, nach richtiger Auffassung auch das Tier -, wenn die menschliche Vernunft verschwunden ist, ist die menschliche Persönlichkeit auch verschwunden."
 - 8) Reichspartei: "... wenn Gott es fügen sollte, dass meine Frau wahnsinnig würde, und ich würde sie verstossen, so würde ich das für den perfidesten Schurkenstreich halten, den ich begehen kann."
 - 9) aaO, 2960 bis 2965

Anträge wurden bei 241 abgegebenen Stimmen mit 125 gegen 116 abgelehnt.

In der Sitzung des Reichstags vom 1. Juli 1896 lag ein Antrag des Abgeordneten Munckel auf Wiederherstellung der Regierungsvorlage vor. Er war damit begründet, dass es sich beim Vorliegen der Geisteskrankheit um die Scheidung der Ehe eigentlich nicht handele, sondern nur um "eine nach menschlichen Begriffen erfolgende Konstatierung, dass die Ehe nicht mehr vorhanden ist"¹⁾. Der Antrag wurde, nachdem von Schönstedt einen besonders tragischen Fall von Kindstötung durch eine geisteskranke Frau vorgetragen hatte, bei 300 abgegebenen Stimmen, davon 6 Enthaltungen, mit 161 gegen 133 angenommen. Damit war die Regierungsvorlage wieder hergestellt und die Scheidung wegen Geisteskrankheit Gesetz.

Man könnte meinen, diese Entscheidung des Reichstages sei auf eine Sinnesänderung der Abgeordneten, möglicherweise hervorgerufen durch das geschickte Taktieren von Schönstedts und vor allem die eindrucksvolle Schlussrede zurückzuführen. Das wäre unrichtig. Ihre Meinung haben nur die Abgeordneten Haake²⁾, Freiherr Heyl zu Herrnsheim³⁾ und von Loesewitz⁴⁾ geändert⁵⁾. Das unterschiedliche Abstimmungsergebnis ist vielmehr auf eine andere Zusammensetzung des Reichstages zurückzuführen. In der Sitzung vom 26. Juni 1896 hatten sich 46 Abgeordnete entschuldigt, dabei waren 22 Abgeordnete, die am 1. Juli 1896 teilgenommen haben. Hiervon stimmten in jener Sitzung 14 für die Regierungsvorlage, 8 dagegen. 106 Abgeordnete fehlten unentschuldigt. Davon waren 62 Abgeordnete, die am 1. Juli 1896 teilgenommen haben.

1) Sitzungsberichte 1895/96, 3085

2) Reichspartei

3) Nationalliberale Partei

4) Reichspartei

5) Sämtlich erst gegen, dann für Scheidung

Hiervon stimmten in der Sitzung vom 26. Juni 1896 35 für die Regierungsvorlage, 27 dagegen. In der Sitzung vom 1. Juli 1896 hatten sich 42 Abgeordnete entschuldigt, dabei waren 22 Abgeordnete, die am 26. Juni 1896 teilgenommen hatten. Hiervon hatten 8 für die Regierungsvorlage, 14 dagegen gestimmt. 51 Abgeordnete fehlten unentschuldigt, davon waren 8, die am 26. Juni 1896 teilgenommen und sämtlich gegen die Regierungsvorlage gestimmt hatten¹⁾.

1) Die Zahlen ergeben sich durch Auswertung der Stimmlisten aa0 2965, 2966; 3087, 3088.

3. Die Entwicklung nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Schon im Jahre 1900 wurden Stimmen laut, die für eine Ausweitung der Vorschriften über die Scheidung wegen Geisteskrankheit eintraten. Lenel¹⁾ meinte, das Wort vom geistigen Tod, wie es im Reichstag gefallen und vom Schrifttum übernommen worden sei²⁾, habe im Gesetz keinen Eingang gefunden. Es sei zwar richtig, dass völlige Verblödung die geistige Gemeinschaft aufhebe, die umgekehrte Behauptung, dass diese Gemeinschaft nur durch geistigen Tod aufgehoben werden könne, sei aber nicht gerechtfertigt. Er verweist auf Endemann³⁾, Erler⁴⁾ und Arthur B. Schmidt⁵⁾ und gelangt zu der Auffassung, diejenige geistige Gemeinschaft müsse aufgehoben sein, "die durch das Wesen der Ehe überhaupt und unter allen Umständen gefordert wird, mag die Ehe unter geistig noch so hoch oder geistig noch so tief stehenden Menschen geschlossen werden"⁶⁾. Hiernach bezieht sich die geistige Gemeinschaft "auf die Familieninteressen", sie liegt "in dem übereinstimmenden Bewusstsein, dass man an dem Wohl des anderen Ehegatten und der Kinder interessiert sei, und in dem übereinstimmenden Willen, diesem Wohl nach Kräften zu dienen".

In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte entstand bald nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs heftiger Streit über die Voraussetzungen zur Ehescheidung. Die eine Ansicht ging dahin, der Ausdruck "Aufhebung der geistigen Gemeinschaft" sei identisch mit den in den Beratungen der Kommissionen und des Reichstags gebrauchten Ausdrücken "geistiger Tod", "völlige Verblödung", "völlige Geistes-

1) Die Voraussetzungen der Ehescheidung wegen Geisteskrankheit in DJZ 1900, 215

2) Planck-Unzner

3) Einführung in das Studium des BGB, 3. - 5. Aufl., II, 682

4) Ehescheidungsrecht, 2. Aufl., Seite 119

5) Ehescheidung und richterliches Ermessen, Sonderdruck aus der Festgabe der Giegener Universität für H. Dernburg, Seite 43

6) aaO, 218

umnachtung", also ein Zustand, in welchem der Kranke die Scheidung nicht mehr empfindet und nur mehr von einer animalischen Existenz gesprochen werden kann¹⁾. Dem ist entgegengehalten worden, geistige Gemeinschaft, von der das Gesetz allein spreche, sei mehr als nur das Bewusstsein des bestehenden geistigen Bandes²⁾. Ein anderes Erkenntnis³⁾ stellt darauf ab, ob dem Beklagten "das Bewusstsein der mit Ehe verknüpften Rechte und Pflichten fehlt"⁴⁾.

In diese Erörterungen griff das Reichsgericht bald ein⁵⁾, indem es auf die von dem "Bewusstsein sittlicher Rechte und Pflichten getragene Gemeinschaft unter den Ehegatten" abstellte und ausführte⁶⁾, unter geistiger Gemeinschaft sei etwas höheres zu verstehen als das blosse Zusammenleben der Eheleute, nämlich eine Gemeinschaft, bei der die Ehegatten "zu gemeinsamem Denken und Fühlen" befähigt sind. Diese Rechtsprechung führte sehr bald von dem weg, womit die Befürworter der Scheidung im Reichstag ihre Gegner zu überzeugen versucht hatten, weg vom Begriff

-
- 1) OLG Celle vom 20. Oktober 1900 und vom 20. Dezember 1901, Recht, 1902, Nr. 1846; OLG Köln vom 23. März 1901 in OLG II, 326 und OLG Karlsruhe vom 2. Mai 1901 in OLG III, 29; vgl. auch J. Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1905, zu § 1569, Anm. 2
 - 2) vgl. für einen Fall von Verfolgungswahn OLG Hamburg vom 22. Januar 1901 in OLG II, 325
 - 3) OLG Königsberg vom 21. November 1901 in OLG IV, 88
 - 4) vgl. auch Wulfert, Abhandlungen aus dem Familienrecht, in Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess, herausgegeben von S. Hoffmann, R. von Sommerlatt und F. Wulfert, 1900, 3, 25
 - 5) RG vom 4. März 1901, JW 1901, 297, 298
 - 6) RG vom 5. Mai 1902, JW 1902, Beilage Seite 244
 - 7) RG vom 8. Mai 1905, JW 1905, 395, 396, kritisch vom medizinischen Standpunkt aus betrachtet von O. Binswanger in DJZ 1913, 58 bis 63.

des geistigen Todes und hin zu einer immer weiter gehenden Ausdehnung der Scheidungsmöglichkeiten.¹⁾

Es war ein Stadium erreicht, in dem die Begriffsbildung der Rechtsprechung nur noch wenig gemein hatte mit den Vorstellungen des Gesetzgebers, wie sie in den Erörterungen des Reichstags zum Ausdruck gekommen waren. Hand in Hand mit diesem Wandlungsprozess der Auffassungen vom Wesen der geistigen Gemeinschaft zeigte sich aber noch ein anderes. Während im Reichstag, wie dargelegt, noch völlige Einmütigkeit darüber geherrscht hatte, dass irgendwelche lichte Augenblicke das Scheidungsrecht in jedem Fall zum Erliegen bringen müssten, wurde schon bald auch dies in Zweifel gezogen²⁾. Es wurde dargelegt, dass die Aufhebung der geistigen Gemeinschaft über den ganzen dreijährigen Zeitraum hinweg vorhanden gewesen sein müsse; es genüge vielmehr, wenn die Geisteskrankheit in dem Zeitpunkt der Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, diesen Grad erreicht hat. Sei dies der Fall, so wurde gesagt, sei der Scheidungsgrund nicht dadurch ausgeschlossen, dass während der drei Jahre Zeiträume vorhanden gewesen seien, in denen die geistige Gemeinschaft zwischen den Eheleuten noch bestanden hatte oder wiederhergestellt war, vorausgesetzt, dass die Geisteskrankheit selbst ununterbrochen fortgedauert hat³⁾. Nach dieser Rechnung waren lichte Augenblicke in den dreijährigen Zeitraum einzurechnen. Einschränkend wurde allerdings ausgeführt, die Frist sei von dem Zeitpunkt an zu rechnen, in dem zuerst das Bestehen der Geisteskrankheit festgestellt worden ist, nicht etwa schon von da an

1) RG vom 8. Mai 1905, JZ 1905, 395, 396, kritisch vom medizinischen Standpunkt aus betrachtet von O. Binswanger in DJZ 1913, 58 bis 63.

2) Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 6. Aufl., zu § 1569 Anm. 2; Planck-Unzner, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. 1906, zu § 1569 Anm. 3d; nach Meisner, aaO zu § 1569 Anm. 3 Fussnote 5 bei Planck-Unzner auch schon in der 2. Aufl., Anm. 3c; Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Aufl. zu § 1569 Anm. 3b, c

3) RG vom 13. April 1905 in BlfRA Band 70, 675ff

wo Symptome hervorgetreten seien, von denen sich später herausgestellt habe, dass sie durch eine geistige Erkrankung erklärt werden könnten¹⁾. Die weitere Entwicklung war damit vorgezeichnet. Sie ist dargestellt²⁾ und hat schliesslich zu der Entscheidung des Reichsgerichts vom 26. November 1934³⁾ geführt, nach der es nur noch darauf ankommen sollte, "dass die Geisteskrankheit - abgesehen von der Dauer - einen solchen Grad erreicht hat, dass die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben ist".

-
- 1) OLG Jena vom 20. November 1902 in Recht 1903 Nr. 2453; vgl. auch Gustav Tunica-Ernst Goldschmidt, Ehescheidungsrecht, 2. Aufl. Berlin 1926, Seiten 104 bis 109
 - 2) Mikat, Die Ehescheidung wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen in der höchststrichterlichen Rechtsprechung, FamRZ, 1964, 1 bis 15
 - 3) JW 1935, 1401, zitiert bei Mikat wie 2) Seite 4

4. Der Einfluss des Nationalsozialismus

Hat schon die Rechtsprechung den Tatbestand der Ehescheidung wegen Geisteskrankheit auf das Zerrüttungsprinzip hin äusserst weit ausgedehnt¹⁾, so ist diese Entwicklung vom nationalsozialistischen Gesetzgeber aufgegriffen und fortgeführt worden^{2) 3)}.

Die Begründung für die neue Vorschrift des § 50 EheG 1938 ist stark mit nationalsozialistischem Gedanken- gut durchsetzt und stützt sich auf staatspolitische Nützlichkeits-erwägungen und die Bewertung der Ehe nach völkischen Belangen.

1) Noch einmal zusammengefasst:

RG JW 1911, 370; RG Warn 1917 Nr. 233; RGZ 97, 342; 98, 296 gegen OLG Köln vom 23. März 1901 in OLG 2, 326; OLG Karlsruhe vom 2. Mai 1901 ebenda 3, 29; OLG Hamburg vom 7. Mai 1909 in "Das Recht" 1909 Nr. 2003 sowie RG vom 8. Januar 1920 in WarnE 1920 Nr. 78; schliesslich RG vom 26. November 1934 in JW 1935, 1401

2) In Schaeffers Grundriss (Schaeffer-Wiefels, Bürgerliches Recht, Familienrecht, 86. - 88. Auflage 1944, Seite 77, aber auch noch in der 123. - 127. Auflage 1962, Seite 71, einem üblicherweise nicht angeführten Buche, heisst es: "Der Scheidungsgrund (§ 50 EheG 1938) unterscheidet sich von dem Scheidungsgrund der schuldhaften Ehezerüttung lediglich (!) dadurch, dass er kein Verschulden voraussetzt."

Hier in diesem den jungen Studenten dargebotenen Satz werden die schwierigen Fragen des ehelichen Zusammenlebens so vereinfacht, dass von der Problematik nichts mehr zu erkennen ist. Man möchte es als ein Beispiel für den Unwert juristischer Repetitionsliteratur überhaupt nennen. Gerade in einem so weit verbreiteten Buche wirken Irrtümer und Simplifikationen dieser Art besonders verheerend, weil sie sich aus der grossen Menge der Köpfe gar nicht wieder auslöschen lassen.

3) Die Entwicklung des Zerrüttungsprinzips ist eingehend dargestellt von Mikat, Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip in FamRZ 1962, 81ff, 273ff, 497ff; 1963, 65ff

Es heisst:

"Der nationalsozialistischen Auffassung entspricht das Zerrüttungsprinzip... Der Grundtatbestand des Ehescheidungsrechts wird deshalb künftig nicht das Verschulden, sondern die objektive Zerrüttung sein".1)

Es wäre allerdings unrichtig, das Zerrüttungsprinzip eine Erfindung des Nationalsozialismus zu nennen²⁾.

- 1) Begründung des Vorschlages der wissenschaftlichen Abteilung des Nationalsozialistischen Deutschen Rechtswahrerbundes in DR 1937, 252f; vergleiche die Ähnlichkeit zur Lehre im kommunistischen Bereich:

In der Sowjetunion ist die Scheidung heute nach Überwindung der völligen Scheidungsfreiheit in den Revolutionsjahren bei "Zerfall" der Ehe zulässig, vgl. Rosenthal-Lange-Blomeyer, Die Justiz in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands, Bonn/Berlin 1959, Seite 184.

Materielle Grundlage für das Scheidungsrecht in der sowjetischen Besatzungszone ist die Eheverordnung vom 24. November 1955, in der das Verschuldens- durch das Zerrüttungsprinzip ersetzt worden ist. Die Ehe soll nach der Präambel eine Gemeinschaft sein, "die, gegründet auf Gleichberechtigung, gegenseitiger Liebe und Achtung, der gemeinsamen Entwicklung der Ehegatten und der Erziehung der Kinder im Geiste der Demokratie, des Sozialismus, des Patriotismus und der Völkerfreundschaft dient".

In der Kongresshalle des Deutschen Hygienemuseums in Dresden führte Gerald Götting während des Neunten Parteitages der Ost-CDU am 1. Oktober 1958 aus: "Das neue wissenschaftliche Weltbild ist da, und dieses neue wissenschaftliche Weltbild hat nichts mit 'abgestandenen Theorien des 19. Jahrhunderts' zu tun, wie Bischof Spülbeck auf dem Katholikentag meinte behaupten zu dürfen. Dieses wissenschaftliche Weltbild hat seine Bestätigung durch die Sputniks erfahren," zitiert nach "SBZ von 1955 bis 1958", die sowjetische Besatzungszone Deutschlands in den Jahren 1955-1958, Taschenausgabe, Bonn/Berlin 1961, Seiten 522, 523.

- 2) Frankfurter Zeitung vom 6. September 1889, Berliner Zeitung vom 17. September 1889, Berliner Volksblatt vom 17. September 1889, Rheinischer Courier vom 18. September 1889, Münchener Neueste Nachrichten vom 19. September 1889, Berliner Tageblatt vom 26. September und 17. Oktober 1889, Magdeburgische Zeitung vom 30. September 1889, Breslauer Zeitung vom 24. August 1889 und Volkszeitung vom 8. Februar 1890, sämtlich angeführt nach der Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches IV, 269.

Abgesehen von den früheren Regelungen und den der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches vorangegangenen Erörterungen¹⁾ legte der damalige Reichsjustizminister Koch im Jahre 1929 einen Gesetzesentwurf vor, den sich die Vertreter der Deutschen Volkspartei, der Demokraten und der Sozialdemokraten zueigen machten²⁾. Hiernach war zu § 1568 BGB folgender Zusatz vorgesehen:

"Ein Ehegatte kann ferner auf Scheidung klagen, wenn aus einem anderen Grunde eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten ist, dass ihm eine Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann."

Diese Formulierung ist bemerkenswert allein deshalb, weil sie die auch von der Rechtsprechung³⁾ vertretene eigenartige Vermischung von Zerrüttung und Zumutbarkeit des weiteren ehelichen Zusammenlebens enthält. Sie schloss allerdings eng an Artikel 142 des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 an.

Auf der Seite des Nationalsozialismus finden wir Roland Freisler⁴⁾ als den entschiedenen Warner vor

-
- 1) vgl. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1896, Seite 315:
"Hier (bei der unheilbaren Geisteskrankheit d. Verf.) sprechen überwiegende Gründe dafür, dass dem andern Ehegatten durch die Zulassung der Scheidung die Möglichkeit gewährt werde, eine neue Ehe einzugehen und so die wirtschaftlichen Nachteile und die sittlichen Gefahren abzuwenden, welche ihm und den Kindern aus der Fortsetzung der Ehe mit dem geisteskranken Ehegatten drohen. Andererseits darf aber diese Folge nur eintreten, wenn sie nach der Art der Krankheit unabweisbar ist. Das fordert die Würde der Ehe und die Rücksicht auf den erkrankten Ehegatten. Der Entwurf lässt daher die Scheidung nur zu, wenn die Krankheit während der Ehe mindestens drei Jahre gedauert und einen solchen Grad erreicht hat, dass die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben und jede Aussicht auf Wiederherstellung dieser Gemeinschaft ausgeschlossen ist. Ausserdem trägt der Entwurf (§ 1564, vgl. auch § 1461 Absatz 3) dafür Sorge, dass dem geisteskranken Ehegatten nach der Scheidung der seiner Lebensstellung entsprechende Unterhalt von dem anderen Ehegatten gewährt wird (vgl. PrALR II, 1 § 759; SächsGB § 1751)."
- 2) Rosenberg, Ehescheidung und Eheanfechtung, 1931, Seite 189
- 3) vgl. etwa OLG München vom 12. Oktober 1962 - 8 U 1106/61 - unter § 47 EheG am Ende, Seiten 83ff
- 4) Freisler, Vom alten zum neuen Ehescheidungsrecht, Berlin 1937, Seite 125f

der Überbetonung des Zerrüttungsgedankens.

Die Notwendigkeit des Zerrüttungsprinzips vom nationalsozialistischen Standpunkt aus betont dagegen Franz Massfeller¹⁾, indem er hervorhebt, in dem Augenblick, da man sich von der liberalistischen Betrachtungsweise des Eheschliessungsrechts abgewandt und insbesondere den Wert oder Unwert einer Ehe für die Volksgemeinschaft in den Vordergrund gerückt habe, habe man notwendigerweise auch erbbiologische Gesichtspunkte bei der Eheschliessung mehr als bisher zu beachten. Das habe zu dem Eheverbot des Paragraphen 1 Absatz 1 Buchstabe c des Ehegesundheitsgesetzes vom 18. Oktober 1935 geführt, wonach eine Ehe nicht geschlossen werden durfte, wenn einer der Verlobten, auch ohne entmündigt zu sein, an einer geistigen Störung litt, die die Ehe für die Volksgemeinschaft unerwünscht erscheinen liess. Massfeller führt ausdrücklich an, dass diese Erkenntnisse der erbbiologischen Wissenschaft die Neugestaltung des Rechts der Eheauflösung beeinflusst und ihren Niederschlag auch in § 50 EheG 1938 gefunden hätten²⁾. Andere Autoren bestätigen diese Auffassung³⁾. Die Neuregelungen haben, als Ganzes betrachtet, die Auffassung des nationalsozialistischen Gesetzgebers "vom Wesen der Ehe und ihrem völkischen Wert"⁴⁾ sinnfällig zum Ausdruck gebracht. Die Ehe sollte den Schutz des Staates nur dann noch erhalten, wenn sie "die notwendigen Voraussetzungen erfüllte, um die ihr im Rahmen der Volksgemeinschaft zugewiesenen Aufgaben zu lösen, als

1) Massfeller, Das neue Ehegesetz, 1938, zu § 50, Bemerkung 1

2) Massfeller, aaO, Bemerkung 2

3) von Scanzoni, Das Großdeutsche Ehegesetz, 3. Aufl., 1943, zu § 50 Anm. 2:
"Die Bestimmungen des § 1 des Ehegesundheitsgesetzes erfahren in den §§ 50 bis 53 ihre Entsprechung"; vgl. auch Rilk, Das neue Eherecht, 1938, zu § 50 Anm. I; schliesslich Freisler, aaO, Seiten 146 bis 149

4) Volkmar-Antoni-Rexroth-Ficker-Anz, Großdeutsches Eherecht, 1939, Vorbemerkung zu § 1, Anm. 1

kleinste Zelle des völkischen Gemeinschaftslebens¹⁾ sichere Grundlage für die Erhaltung und Vermehrung von Art und Rasse zu sein²⁾". Es musste gebrochen werden mit der "aus einer individualistischen Grund- auffassung erwachsenen Überbetonung des Verschuldens- gedankens", durch die "viele Tausende von Volksge- nossen in eine alle Lebens- und Arbeitsfreude lähmen- de unheilvolle Lage gebracht" worden waren, "aus der sie eine Erlösung nur von der befreienden Tat des Ge- setzgebers erwarten konnten³⁾". Ja es wurde sogar die

- 1) Auch hier wieder die gleichen Formulierungen im kommunistischen Bereich:
"Die Familie ist die kleinste Zelle unseres Arbeiter- und Bauernstaates...", Walter Buchheim in Neuer Weg, Ostberlin, 1955, 42, 43, zitiert nach Kleiner Katechismus der Weltrevolution, zusammengestellt von Joachim von Kruse, 1956, Seite 121.
"Die Familie in unserem Lande ist das kleinste Kollektiv der Sowjetgesellschaft", W. Kolbanowskij, "Über die Liebe, die Ehe und die Familie in der sozialistischen Gesellschaft" in "Heft der Propagandisten", Beilage zu "Junge Generation", Berlin, Nr. 8, Seite 12
- 2) Volkmar-Antoni-Rexroth-Ficker-Anz, aaO, Seite 45
- 3) ebenda; vgl. aber auch Hans Frank, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935, Seite 954:
"Der Gemeinschaftsgedanke tritt aber auch der Untrennbarkeit entgegen, weil die völlig zerfallene Ehe nicht mehr Quelle der Kraft ist, sondern die Kräfte im gegenseitigen erbitterten Kleinkrieg bindet, verzehrt und so der Gemeinschaftspflicht entzieht"; Seite 968: "Ebenso wird bei der Ehescheidung der durch den Gemeinschaftsgedanken in das Eherecht eingeführte Pflichtgedanke zu einer Änderung des bisherigen Rechts führen müssen, das bei der Scheidung auf rassische Tauglichkeit der Ehe und des Nachwuchses keine Rücksicht nahm".
Für die SBZ geben Wolf-Lücke-Hax, aaO, Seite 101 folgendes Bild der Scheidungswirklichkeit: "An die Feststellung von ernstlichen Gründen werden strenge Anforderungen gestellt. Dabei darf trotz Wegfalls des Verschuldensprinzips auf eine moralische Würdigung des Verhaltens beider Ehegatten nicht verzichtet werden (dies folgert das Oberste Gericht aus der Berücksichtigung des ethischen Inhalts der Ehe in der Präambel zur EheVO). Hat der die Scheidung begehrende Ehegatte die Ehe mutwillig oder aus einer den Auffassungen der Werktätigen über das Wesen und die Bedeutung der Ehe widersprechenden Einstellung heraus zerrüttet, so können die Gerichte einer solchen leichtfertigen Einstellung "unter Umständen auch durch Versagen der begehrten Ehescheidung entgegenzutreten (OG NJ 1956, 738)".

"Beseitigung" unerwünschter Ehen "von Amts wegen" gefordert¹⁾. Weitere Gedanken zur Rechtserneuerung, wie es im damaligen Sprachgebrauch heisst, finden sich in der Abhandlung des Vorsitzenden des Familienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht²⁾.

Mit dem Ehegesetz 1938 sind wir praktisch angelangt am gegenwärtigen Rechtszustand. Der Kontrollrat für Deutschland hat § 44 EheG wörtlich aus § 50 EheG 1938, § 45 aus § 51, § 46 aus § 52 und § 47 EheG wörtlich aus § 54 EheG 1938 übernommen. Diese Tatsache ist erstaunlich. Sie wird in der Literatur der unmittelbaren Nachkriegszeit kaum gewürdigt. Die Freiherren von Godin haben in ihrem Erläuterungsbuch aus dem

Fortsetzung Fussn. 3) S. 40:

Die Zahl der Ehescheidungen in der SBZ liegt seit 1955 zwischen 23.000 und 25.000. Das sind 13 bis 15 je 10.000 Einwohner. In der Bundesrepublik kommen seit 1955 nur noch 8,1 bis 8,5 Ehescheidungen auf 10.000 Einwohner jährlich. Entsprechend beträgt das Verhältnis von Eheschliessung zu Ehescheidung in der SBZ 6:1, in der Bundesrepublik 10,7:1. In Veröffentlichungen der SBZ wird die grosse Zahl der Ehescheidungen damit begründet, dass "die Restes des alten in den familienrechtlichen Beziehungen hartnäckiger und zählebiger sind als auf anderen Gebieten, vgl. SBZ von A bis Z, 9. Aufl. 1965, Stichwort Ehescheidungen.

- 1) Fischer-Breslau, Familien- und Erbrecht, Seite 23
- 2) Mössmer, Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechts. Bemerkenswert sind die Einleitungsworte dieser Schrift: "Das allzeit brennende Ehescheidungsproblem hat, streng genommen, bisher nur zwei Lösungen gefunden, die weltanschaulich untermauert und damit innerlich begründet sind: Das katholische Eherecht lässt die Scheidung überhaupt nicht zu, weil die Kirche in der Ehe ein von Gott geknüpftes, unauflösliches Band erblickt; der Liberalismus, der die Freiheit des Individuums lehrt, behandelt in seiner letzten Konsequenz, wie das Ehescheidungsrecht in der Sowjet-Union zeigt (Gesetz vom 16. Dezember 1917 in der Fassung vom 27. September 1921 und 1. Januar 1927), die Ehe als privatrechtlichen Vertrag, der jederzeit ohne weitere Voraussetzungen der einseitigen Kündigung unterliegt. Alle Zwischenlösungen erweisen sich als mehr oder weniger glückliche Kompromisse."

Jahre 1947¹⁾ hierzu nichts gesagt. Beitzke²⁾ erwähnt nicht, dass § 50 EheG 1938 geltendes Recht bleiben sollte. Hoffman-Stephan³⁾ geben in der Einleitung ihres Erläuterungsbuches nur den Hinweis, das Ehegesetz 1938 bilde die Grundlage für das neue Eherecht, zahlreiche Bestimmungen seien wörtlich, andere mit geringen Abweichungen übernommen worden.

In der Literatur der Nachkriegszeit kommt nicht zum Ausdruck die Problematik der "völkisch" unwerten Ehe, die aufgelöst werden soll, weniger, weil das eheliche Zusammenleben unerträglich geworden ist - das Abstellen auf diesen Punkt ist eine Angelegenheit der Rechtsprechung, die sich aus dem Gesetz nicht unmittelbar ergibt -, sondern, weil, wie zum Beispiel § 44 EheG bestimmt, durch das schuldlose Verhalten eines Ehepartners "die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann".

1) Godin, Ehegesetz vom 20. Februar 1946, Berlin 1947, zu § 1 Anm. 1 ff

2) DRZ 1946, 136

3) Hoffman-Stephan, Ehegesetz, 1950, Einleitung, Abschnitt Nr. 3

II. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte

1. Die Scheidung wegen eines auf geistiger Störung beruhenden Verhaltens, § 44 EheG

Nach dem Gesetz steht nur dem Gesunden das Recht auf Scheidung zu. Er kann "Scheidung begehren", § 44 EheG, eine deutliche Benachteiligung des Kranken, dem die Ehe gerade infolge seiner Krankheit ebenfalls unerträglich werden kann. In den meisten Fällen sagt sich allerdings nicht der Kranke vom Gesunden, sondern der Gesunde vom Kranken los, in den überwiegenden Fällen der gesunde Mann von der kranken Frau¹⁾.

Der Gesetzgeber verlangt nicht die absolute Unheilbarkeit der Zerrüttung, jedenfalls ist, vom Text her gesehen, die Wiederherstellungsformel nicht eine Bekräftigung, sondern eher eine Einschränkung der Scheidungsmöglichkeit; vielleicht der innere Grund für die erklärte Möglichkeit, die unheilbare Zerrüttung der Ehe zu vertiefen²⁾. Das Gesetz fordert einen Wahrscheinlichkeitstatbestand, der nicht an Sicherheit zu grenzen braucht und dem erkennenden Richter bewusst einen (viel zu) weiten Spielraum setzt, um in Verbindung mit der sogenannten Härteklausele des § 47 EhG nach der Vorstellung des nationalsozialistischen Schöpfers der Vorschrift "völkische Belange" tragen zu lassen.³⁾

Im Schrifttum ist eingehend die Frage erörtert worden, was es mit der "Eheverfehlung" in § 44 EheG auf

1) nach der prozessrichterlichen Erfahrung des Verfassers, die der Natur des Gesetzessystems zufolge von der Statistik nicht aufgezeigt werden kann.

2) BGH NJW 1951, 310

3) Auf der anderen Seite muss angemerkt werden, dass die Vorschrift für den gewissenhaften Richter, der, wie die Scheidungspraxis der Instanzgerichte zeigt, nicht allorts anzutreffen ist, fast unpraktikabel erscheint, weil er bei der Anwendung nach § 623 ZPO viel zu sehr auf das notwendige Gutachten des

sich habe¹⁾). Dabei ist das Ergebnis gewonnen worden,

Fortsetzung Fussn. 3) Seite 43:

Sachverständigen angewiesen und daran gebunden ist, wenigstens nicht verkannt werden soll, dass sich auch sehr kritische Erkenntnisse finden lassen, so zum Beispiel die des OLG München vom 9. Dezember 1954 - 4 U 158/54 -:

Die Verfehlungen der Beklagten, die sie einsieht, sind schuldhaft. Die Auffassung des Sachverständigen, die Verfehlungen der Beklagten beruhten wegen ihrer Schwere im Verhältnis zu den oft geringfügigen Anlässen auf einer geistigen Störung, kann sich der Senat nicht anschliessen. Die Beklagte hat bei ihrer eingehenden persönlichen Anhörung sehr klare, treffende und bedachte Antworten gegeben, die sie zum Teil sogar zu ihren Gunsten berechnet hat, indem sie die Vorfälle in ihrem Ausmass abzuschwächen versuchte. Sie hat an alle Einzelheiten der Vorgänge eine ungetrübte Erinnerung. Wenn der Affekt bei den einzelnen Vorgängen wirklich so stark gewesen sein soll, dass man an eine geistige Störung denken kann, so sollte man meinen, dass sie im Bewusstsein der Beklagten entweder untergetaucht oder doch verschoben sind. Das ist aber nicht der Fall. Die Beklagte äussert sich sonst allgemein völlig normal. Auch das gibt zu denken. Die Heftigkeit der Reaktionen auf die wieder und wieder durch das getrübt Verhältnis zu den Schwiegereltern auf die Beklagte einwirkenden Reize ist nicht völlig aussergewöhnlich, zumal die Beklagte eine begreifliche Erklärung dafür findet. Sie sagt, sie sei in Wut geraten, weil sie ihre Ehe zerstört sah. Es darf auch nicht verkannt werden, dass die Schwerhörigkeit der Beklagten und das damit oft einhergehende, immer wache Misstrauen die Stärke ihrer Reaktionen nicht unbeträchtlich beeinflusst haben. Es lässt sich daher nach der Überzeugung des Senats nicht feststellen, dass die Verfehlungen der geistig gesunden Beklagten aus einer abnormen Gemütsverfassung erwachsen und ein gesunder Mensch die beschriebenen Ausschreitungen nicht begangen hätte. Der Sachverständige kann sich in der Regel zwar zur Prognose der Verhaltensweise des kranken Beklagten äussern, er kann aber in aller Regel nichts dazu sagen, wie das krankhafte Verhalten in der Zukunft von dem gesunden Ehepartner aufgenommen werden und ob es seine ehezerrüttende Wirkung weiter entfalten wird. Es kommt nach dem Inhalt des § 44 EheG ja nicht so sehr auf das Verhalten des Kranken an, als vielmehr auf die Zerrüttung, die dadurch zustande kommen muss, dass die Ehegesinnung des Gesunden durch das Verhalten des Kranken gestört wird.

dass im allgemeinen das Verhalten des Kranken nicht anders beurteilt werden könne, als das des Gesunden.

Fortsetzung Fussn. 3) Seite 43:

Einerseits ist also der Richter nach den Regeln der Beweiswürdigung an die Ausführungen des Sachverständigen gebunden, andererseits bringt ihn das Gutachten in dem entscheidenden Punkt nicht einen Schritt weiter. Der Richter wird in vielen Fällen nicht anders können, als sein Nichtwissen und Nichtwissenkönnen in allgemeinen Sätzen der Erfahrung zu verschleiern und dem Ergebnis seiner inneren Entscheidung folgend eine äussere Begründung niederzuschreiben, die bei genauer Kenntnis der Parteiverhältnisse unzureichend erscheint. Das bringt ihn bei den Parteien in Misskredit. Sie meinen - von ihrem Standpunkt aus - zu Recht, nicht verstanden worden zu sein, übertragen diese Erkenntnis auf die Justiz überhaupt und verkennen, dass der Richter auf einzelnen Gebieten des ihm anvertrauten Feldes überfordert wird. Wir müssen festhalten, dass der deutsche Richter an das geschriebene Recht gebunden ist. So kann Franz Leonhard in seinem für Anfänger bestimmten Büchlein (Anleitung für die juristischen Übungs- und Prüfungsarbeiten, 8. Auflage, Berlin 1948, Seite 44) sagen: "Manche glauben, der Richter habe in erster Linie seinem Rechtsgefühl zu folgen, also zu entscheiden, wie es ihm billig erscheine. Aber dieses Verfahren könnte nur auf niederen Kulturstufen genügen. Bei uns müsste es zu allgemeiner Unsicherheit und Verschiedenheit des Rechts führen." Johannes Stroux (Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik, Potsdam MCMXLIX, Seite 61, 62) lässt die römischen Juristen klagen: "Die Aufstellung einer abstrakten Topik, also die wissenschaftliche Beweislehre, war überhaupt nur möglich, wenn... die Unzahl der praktischen Fälle sich in eine übersehbare Reihe genereller Fälle aufteilen liess. Das war die Voraussetzung der Systematik. Von dieser Theorie und Übung aus ... mussten die Redner das kasuistische Verfahren ... unbeholfen, ja naiv finden." Walter Gustav Becker, der Berliner Ordinarius für Angloamerikanisches Recht, rühmt das Common Law (Das Common Law als Methode der Rechtsfindung, Tübingen 1952, Seite 55, 56, veröffentlicht vom Deutschen Juristentag als Berliner Kundgebung 1952), indem er sagt, man könne diesem Recht zurechnen, "dass es bei verhältnismässiger Schlichtheit der Methodik den hohen Gewinn der Realitätsnähe gewährt hat - die Arglosigkeit der Taube und die Klugheit der Schlange, welche nun einmal die spezifische Klugheit der Erde ist."

1) von Seite 44

Mikat, Die Ehescheidung wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, FamRZ 1964. 1, 8

Es wird freilich nicht die Problematik verkannt, die in der Unterscheidung von aggressivem Tun und den ehewidrigen Unterlassungen liegt, worauf Dunz¹⁾ besonders hinweist. Zu einem befriedigenden Ergebnis ist das Schrifttum bisher aber noch nicht gelangt, weil auch Dunz einen entscheidenden Gesichtspunkt vernachlässigt. Zwar dient die erwähnte Unterscheidung gewiss der Klarstellung. Aber es kommt auf die Begehungsform, wie auch in anderen Rechtsgebieten, nicht entscheidend an. Für das Wesen der Eheverfehlung ist damit auch wenig gewonnen, weil diese an einem ganz anderen Ort, nämlich mitten im Kern der ehelichen Lebensgemeinschaft, sozusagen unsichtbar ihren Platz hat. Sicher gibt es einfache Fälle der Handgreiflichkeit, der Beschimpfung und - bei den Unterlassungen - die von Dunz²⁾ gebildeten Fälle, in denen nur das - subjektive - Empfinden beider Eheleute überhaupt die Eheverfehlung ergibt. Sie ist doch immer nur eine Verfehlung gegen diese Ehe. Sie dürfte eigentlich überhaupt nicht allgemein und frei definiert werden, sondern nur in der Sicht auf den anderen Ehepartner in einer einzigen, ganz bestimmten Ehe. Der Hinweis in den Erläuterungsbüchern, es komme stets auf den Einzelfall an und allgemeingültige Richtlinien liessen sich nicht aufstellen, lässt das anklingen, ist aber im letzten nicht genau. Nimmt man nämlich der Handlung das subjektive Merkmal, so bleibt in vielen Fällen doch gar keine Eheverfehlung, weil es nur die in dem Tun oder Unterlassen deutlich werdende ehefeindliche Gesinnung des einen war, die die Zerstörung der ehelichen Gesinnung des anderen dadurch nach sich zieht, dass sie Gelegenheit gibt, sich von der Ehe loszusagen.

Es scheint mir, wie sich zeigen wird, überhaupt rechtsdogmatisch fehlerhaft daher für die Rechtsan-

1) Dunz, Schuldlose Eheverfehlungen, zur Problematik des § 44 EheG, NJW 1961, 1793ff

2) aaO

wendung nutzlos zu sein, die Eheverfehlung ohne den subjektiven Tatbestand zu definieren. Die Frage nach der Tatbestandsmässigkeit ist im Strafrecht seit Jahren Gegenstand heftiger Erörterung¹⁾.

Geisteskrankheit und Geistesschwäche, also die Geistesstörungen im weitesten Sinne, sind im rechtlichen Sprachgebrauch im Zusammenhang mit Handlung regelmässig nur als Merkmal fehlender Verantwortlichkeit gebraucht worden²⁾. Im Eherecht soll es aber auf die Verantwortung gar nicht ankommen; denn Scheidungsgrund ist nicht die Handlung, für die Verantwortlichkeit bestehen könnte, sondern die Zerrüttung der Ehe. Mit anderen Worten will der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen: Wenn der eine sich so verhält, dass, wäre er verantwortlich, eine Scheidung nach § 43 EheG gerechtfertigt wäre, dann soll die Scheidung ausgesprochen werden können, falls die anderen Voraussetzungen der §§ 44, 47 EheG vorliegen. Der Gesetzgeber arbeitet also mit einer Arbeitshypothese. Das ist bedenklich, weil eine schuldlose Eheverfehlung begrifflich nicht denkbar ist. Durch die gedankliche Operation des Gesetzgebers, die Annahme eines objektiven Tatbestandes der Eheverfehlung³⁾, gerät der Begriff der Geistesstörung an eine rechtsbegriffliche Stelle, die ihm nicht zukommt, die Geistesstörung kommt in unmittelbare Beziehung zur Handlung selbst, obwohl sie über "Handlung" nichts aussagen kann. Es ist nämlich ohne Sinn, die Handlung in Beziehung zu einer geistigen Störung des Handelnden zu setzen und nicht gleichzeitig nach der Verantwortlichkeit zu fragen oder die Vorwerfbarkeit im Auge zu haben. Beide Begriffe haben keine Beziehung zueinander. Sie können

1) vgl. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl., Seiten 28 ff; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959, Seiten 66 ff; Gallas ZStW 67, 1; Lang-Hinrichsen, JR 1954, 88; Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, Eberhard-Schmidt-Festschrift, Seite 156; Jeschek, ebenda, Seite 139

2) vgl. § 51 StGB; §§ 827, 828 BGB, letztlich auch § 105 BGB

3) vgl. Dölle-Luther, Familienrecht, I, Seite 518

sich daher auch nicht ergänzen. Deshalb mag es zwar möglich sein, durch Kasuistik die Geisteskrankheit oder die Geistesstörung gegen die Normveranlagung abzugrenzen. Der Versuch, die pathologischen Zustände in einen Begriffszusammenhang mit § 44 EheG zu bringen, muss scheitern.

Es ist mir eingewendet worden, dass keine Eherechtsordnung so individualistisch sein könne, dass sie die Strukturelemente der Ehe nicht allgemein formulieren würde, dass es also möglich sein müsse, die ehewidrigen Verhaltensweisen wenigstens in etwa zu typisieren. Allein durch die gedachte Typisierung wird die Eheverfehlung nur in groben Zügen gekennzeichnet. Der glatte Ehebruch, das schwere, jedermann offenbare ehewidrige Verhalten - etwa Nachstellen nach dem Leben des Ehegatten - können ohne besondere Merkmale der subjektiven Seite hinreichend bestimmt und eingeordnet werden. Die Praxis hingegen hält solche Fälle nicht für problematisch. Sie hat mit den unbestimmbaren Ehewidrigkeiten zu kämpfen. Ein Beispiel möge das erläutern:

Ein Ehemann schreibt seiner Ehefrau in scheinbar liebenswürdiger Weise ständig Briefe, in denen er sie mit freundlichen Attributen bedenkt. Erst die genaue Kenntnis der Hintergründe, der seelischen Lage der Eheleute, des Vorgeschehens und des Zwecks der Briefe vermittelt dem Berufsrichter die Erkenntnis, dass es sich bei den Briefen um hämische Schmähungen des Ehegatten handelt, die eindeutig als schwere Eheverfehlungen eingestuft werden müssen.

Wir sehen, dass hier die Eheverfehlung begrifflich nicht festgestellt werden kann ohne das subjektive Merkmal, weil freundliche Briefe rein äusserlich nicht ehewidrig sind.

Die Praxis zeigt immer wieder Fälle der versteckten und für den unbefangenen Betrachter zunächst unentdeckbaren Verfehlung, deren Wesen als Eheverfehlung nur für diese eine Ehe und nur für diese beiden

Partner gilt, weil ihr subjektives Element sie erst als die Ehe schädigende Handlung ausweist.

Wir haben eine grosse Zahl solcher Fälle gesehen und wissen, dass auch eine nur grobe Typisierung hier nicht helfen kann, ja dass sogar die Kasuistik der Rechtsprechung nicht im mindesten ausreicht, um einigermaßen brauchbare Maßstäbe zu gewinnen.

Die Rechtsprechung behilft sich, soweit es geht, mit den im Schrifttum gegebenen Hilfsmitteln¹⁾, eine Handlung nur dann als Eheverfehlung nach § 44 EheG einzuordnen, "wenn das dem Kranken vorgeworfene (!) Tun oder Unterlassen von einer auf geistiger Störung beruhenden Gegnerschaft gegen den Ehegefährten bestimmt ist oder wenn das Tun oder Unterlassen des Kranken einer an sich von ihm nicht verkannten Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft objektiv widerspricht, dem Kranken jedoch infolge pathologischer Verwirrung der Wertbegriffe gerechtfertigt erscheint oder von ihm infolge einer pathologisch übermächtigen Triebneigung trotz Wissens Einsicht nicht vermieden werden kann"²⁾.

In dem entschiedenen Fall einer 1940 geschlossenen Ehe, aus der ein Kind hervorgegangen war, zeigte die beklagte Ehefrau seit 1956 anomale Züge. Sie wollte aus Angst nicht mehr allein in der Ehewohnung bleiben, war deshalb zeitweise in einer Pflegeanstalt untergebracht und hat, weil sie nicht zu Hause blieb, jahrelang auch nicht für den Haushalt gesorgt. Das medizinische Gutachten verneinte das Vorliegen einer Geisteskrankheit im psychiatrischen Sinne. Es beschrieb die Beklagte als eine asthenische, retardierte, erheblich minderbegabte Persönlichkeit, die nach dem 1955 erfolgten Tode ihrer Mutter während des Zusammenlebens mit dem Kläger dekompenzierte und massiv

1) Dunz aaO

2) HansOLG Hamburg vom 21. Dezember 1961 -6 U 170/61-

abnorme psychische Reaktionen entwickelt hat. Der Gutachter mass dem Versagen der Beklagten zeitweise einen Krankheitswert im psychopathischen Sinne zu. Die Beklagte ist wegen Geistesschwäche entmündigt worden. Die Ehescheidungsklage ist in beiden Rechtszügen abgewiesen worden.

Das Oberlandesgericht hat nach den bereits angeführten Darlegungen schliesslich darauf abgestellt, es lasse sich nicht feststellen, dass das Verhalten der Beklagten von einer Gegnerschaft gegen den Kläger bestimmt sei. Das Gericht führt aus:

"In der Krankenanstalt, in der sie sich mit nur geringen Unterbrechungen seit August 1957 in Anstaltsbehandlung befindet, hat sie stets nur Gutes über den Kläger gesprochen und immer wieder betont, dass sie sehr an ihm hänge. Sie fühlte sich jedesmal getröstet und erfreut, wenn der Kläger sie besucht hatte. Als ihr einmal berichtet wurde, dass es dem Kläger gesundheitlich nicht gut gehen solle, zeigte sie sich äusserst betrübt. Das alles beweist, dass die vom Kläger glaubhaft geschilderten Versagungserscheinungen der Beklagten nicht von einer Gegnerschaft gegen ihn diktiert waren; die Annahme ist vielmehr gerechtfertigt, dass die Beklagte sich ebenso verhalten haben würde, wenn sie nicht für den Kläger, sondern für irgendeinen anderen Angehörigen die Haushaltsführung übernommen haben würde. Dieser Umstand schliesst auch die Feststellung aus, dass das Verhalten der Beklagten einer an sich nicht verkannten Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft objektiv widersprochen habe" 1).

Das Oberlandesgericht Braunschweig hat ähnliche Gedankengänge schon früher entwickelt. Im Jahre 1954 hat es einen Fall entschieden²⁾, in dem die Ehe, aus der zwei Kinder hervorgegangen sind, im Jahre 1933 geschlossen worden war. Die Beklagte erkrankte im Jahre 1946 schwer an einem Unterleibsleiden, das eine operative Entfernung der Gebärmutter erforderlich machte. In den Jahren 1946/47 war sie deshalb wiederholt zur Behandlung in Krankenhäusern. Nach dem letzten Eheverkehr im Jahre 1951 wurde die Beklagte

1) HansOLG Hamburg, wie zuvor

2) OLG Braunschweig vom 4. März 1954 -2U 146/53-

im Juni jenes Jahres erneut in ein Krankenhaus eingeliefert. Sie litt an Angstzuständen und Herzbeschwerden. Ende Juni 1951 unternahm sie einen Selbsttötungsversuch und war anschliessend bis Oktober 1952 wieder im Krankenhaus. Im Juni 1952 wurde sie - nach Anhängigkeit der Ehescheidungsklage - auf Veranlassung des Staatlichen Gesundheitsamtes in eine Heil- und Pflegeanstalt aufgenommen. Der Beklagten ist vorgeworfen worden, sie habe das Bäckereigeschäft der Parteien vernachlässigt, es verschmutzen lassen und dadurch zugrunde gerichtet. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen und ausgeführt:

"Wie in RGZ 164, 354 mit Recht ausgeführt ist, konnte in dem dort entschiedenen Fall bei einem Verhalten, das sich allein aus dem Schwachsinn des Ehegatten erklärt, und auf ihm beruht, überhaupt nicht von einer Eheverfehlung gesprochen werden. Entsprechendes muss auch im vorliegenden Fall gelten, in dem das vom Kläger behauptete Verhalten der Beklagten, nämlich die mangelnde Sorgfalt bei der Führung des Haushalts und dessen Vernachlässigung, darum nicht als schwere 1) Eheverfehlung angesehen werden kann, weil dieses Verhalten nach dem Gutachten (des Sachverständigen) gerade die unmittelbare Auswirkung der geistigen Erkrankung der Beklagten bildete".

In diesem Zusammenhang gehört auch eine Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen²⁾. Sie behandelt einen Grenzfall, ähnlich wie RGZ 169, 59 ff, in dem die Verantwortlichkeit der Beklagten für die von ihr begangenen Eheverfehlungen zwar nicht ausgeschlossen war, in dem aber infolge langer Krankheitsdauer die Kritik- und Urteilsfähigkeit der Beklagten stark eingeschränkt war. Hier hat das Gericht die Anwendbarkeit von § 43 EheG mit der

-
- 1) Das Gesetz spricht von einem "Verhalten", das nicht als Eheverfehlung betrachtet werden kann. Von einer schweren Verfehlung ist im Gegensatz zu § 43 EheG keine Rede. Der Gesetzgeber stellt nur darauf ab, dass ein bestimmtes Verhalten, sei es leicht oder schwer zu werten, die Ehe zerrüttet habe, vgl. hierzu Mikat Fam RZ 1964, 1, 8, Anmerkung 69
- 2) HansOLG Bremen vom 21. Oktober 1954 - 2 U 170/54 - in NJW 1955, 551, 552 - FamRZ 1955, 138

Begründung verneint, die eingeschränkte Schuldfähigkeit verlange eine milde Beurteilung der Schwere der Eheverfehlung. Auf der anderen Seite hat das Gericht die Scheidung auch aus § 44 EheG abgelehnt, weil keine Geistesstörung festzustellen war. Auf diese Weise wurde die objektiv als "schwer" zu beurteilende Eheverfehlung wegen mangelnder Einsichtsfähigkeit zu einer "nicht schweren", blieb aber vorwerfbar und hinderte daher die Anwendung von § 44 EheG. Die Klage ist unter Zulassung der Revision abgewiesen worden. Der Bundesgerichtshof hat das Armenrechtsgesuch des Klägers wegen Aussichtslosigkeit der weiteren Rechtsverfolgung zurückgewiesen¹⁾.

Das führt zur Frage nach dem Wesen der geistigen Störung. In der Literatur wird als Beispiel etwa auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 5. Februar 1951²⁾ im sogenannten Hammerfall hingewiesen. Vom Bundesgerichtshof war in einem Fall von Affektlabilität Geistesgestörtheit bejaht worden, da dieser Zustand aus nichtigem Anlass eine ganz unvernünftige Erregungshandlung hervorgerufen habe. Die Beklagte hatte nämlich ihren Mann nach einem kurzen

-
- 1) Hierzu KG vom 3. Oktober 1955 - 8 U 1430/55 -: "Auch der Kläger hat erklärt, er halte die Beklagte für nervenkrank. Alles dies kann bei der Frage, ob die festgestellten Eheverfehlungen der Beklagten eine schwere Verfehlung im Sinne von § 43 EheG darstellen, nicht ausser Acht gelassen werden. Es ist hier nicht nur die Eheverfehlung in tatsächlicher Beziehung, sondern auch das Mass des Verschuldens der Beklagten - beides unter Berücksichtigung des Wesens der Ehe - massgebend (BGHZ 4, 186). Da die Zurechnungsfähigkeit der Beklagten ... in dem besonderen einmaligen Fall gemindert erscheint, muss auch ihr an sich schuldhaftes Verhalten (!) in einem minderen Lichte erscheinen (die Beklagte hatte aus Eifersucht den Kläger bei der Polizei angezeigt, er versuche, ihr Gift beizubringen), als es unter normalen Umständen (!) der Fall wäre. Dies nimmt aber der Verfehlung den Charakter einer schweren Eheverfehlung im Sinne des § 43 EheG." - Vergleiche hierzu auch RG 163, 341; 164, 248; 169, 59; OLG Bremen in NJW 1955, 551 mit weiteren Hinweisen.
- 2) BGHZ 1, 132 - NJW 1951, 310

Wortwechsel hinterrücks mit einem Hammer mittlerer Grösse am Kopf verletzt. Der Fall ist soweit von Mikat¹⁾ beschrieben worden. In die Literatur ist er aber nur als erster Teil eingegangen, insoweit ihn nämlich der Bundesgerichtshof behandelt hat. Später hat das Oberlandesgericht die Klage schliesslich doch abgewiesen²⁾, und zwar, weil eine geistige Störung nicht nachgewiesen werden konnte. Es hat ausgeführt:

"Wie nach der beschworenen Darstellung der Beklagten nicht mehr bezweifelt werden kann, hat der Kläger sie bis zu dem Ereignis vom 9. Januar 1948 (dem Hammerschlag) ständig seelisch schwer gequält. Dieser vom Kläger immer wiederholte und in der Nacht vom 8. Januar 1948 zu einer Beleidigung, durch die sich die Beklagte als Frau aufs Tiefste erniedrigt fühlen musste" - der Kläger hatte ihr gesagt, er habe nicht aus Liebe mit ihr verkehrt, sondern nur, um seinen Samen loszuwerden - "gesteigerte seelische Qual musste bei ihr derart viel seelischen Konfliktstoff anstauen, dass auch manch andere gesunde und sonst vernünftig denkende und handelnde Frau sich zu einer derartigen Ausschreitung hätte hinreissen lassen können. ... Ihre Erregungshandlung lässt sich unter solchen Umständen nicht als auf einer geistigen Störung beruhend ansehen. Nach dem überzeugenden Gutachten des Sachverständigen leidet die Beklagte weder an einer Geisteskrankheit, noch an einer geistigen Störung sonstiger Art. Ihr im Affekt begangener Angriff auf den Kläger findet seine Erklärung aus der besonderen Situation, in die der Kläger die Beklagte schuldhaft 3) versetzt hatte. Als eine aus verhältnismässig nichtigem Anlass begangene Erregungshandlung kann sie nicht beurteilt werden."

Hier wird weder mit der entsprechenden Anwendung von § 43 Satz 2 EheG⁴⁾, noch mit der Härteklauseel gearbeitet, sondern einfach der Begriff der gei-

1) FamRZ 1964, 1, 9, 10

2) OLG Bremen vom 19. Juli 1951 - 2 U 155/49 -

3) Es ist mir nicht klar geworden, warum das Oberlandesgericht hier das subjektive Merkmal anführt. Offenbar handelt es sich um einen unbewusst gebliebenen Anklang an § 43 Satz 2 EheG.

4) vgl. OGHZ 3, und BGHZ 1, 132, 137 f, aber auch 69

stigen Störung sauber als Abnormität und damit einer möglichen natürlichen Reaktionsweise feindlich interpretiert. Damit hat der Hammerfall ein bis dahin unbekannt gebliebenes, aber doch wohl bemerkenswertes Ende gefunden.

Freilich ist hiermit wenig für die Problematik getan, die von Mikat unter Hinweis auf Göppinger und andere¹⁾ aufgezeigt ist und die hier nicht erneut behandelt werden kann. Das Problem der geistigen Störung ist noch keiner gültigen Klärung zugeführt worden. Eines scheint mir indes schon jetzt unrichtig zu sein, dass nämlich der Rechtsprechung vorgeworfen wird, von der abnormen Handlung auf die Abnormität der Geistestätigkeit zu schliessen. Die Gefahr dieser Argumentation ist zwar auch unter Berücksichtigung der abschliessenden Entscheidung des Hammerfalles nicht zu verkennen. Sie fusst aber nicht in der Rechtsprechung, sondern in den Ausführungen von Dunz²⁾ oder gar - wie dargelegt - in der rechtsdogmatisch fehlerhaften Anlage des Gesetzes selbst. Die Grundhaltung der Gerichte ist eine andere. Sie fragen nach der geistigen Erkrankung:

"Der Sachverständige hat überzeugend dargelegt, dass das Verhalten der Beklagten auf einer geistigen Störung beruht. Es handelt sich um eine Erkrankung, die eine ihrer Ursachen in einer psychischen Eigentümlichkeit der Beklagten hat, die schon vor der Eheschliessung bestand und die dann unter den Eindrücken einer mit der Eheschliessung für die Beklagte beginnenden inneren Konfliktsituation zu einer echten geistigen Erkrankung geführt hat, die sie durch ihren Willen nicht zu beeinflussen vermag 3)." ~~zu beeinflussen vermag 3).~~"

Das führt dann oft zu den von Dunz⁴⁾ gezeisselten Fehlern in der Reihenfolge der gerichtlichen Feststellungen. Auch hierfür ist der Gesetzgeber verantwortlich; denn Dunz erkennt nicht, dass eine echte

1) FamRZ 1964, 1, 11

2) aaO

3) OLG Hamm vom 21. Oktober 1963 - 5 U 115/62 -

4) NJW 1961, 1793, 1794

logische Priorität von Handlung zu Geistesstörung in Wirklichkeit nicht besteht, weil in der Fragestellung des Gesetzes keine innere Beziehung von einem zum anderen hergestellt wird. Von dieser Sicht aus erklärt sich auch die Unübersichtlichkeit der forensischen Kasuistik. Die Entscheidungen orientieren sich immer wieder nicht so sehr rechtsdogmatisch, sondern im besten Sinne zweckdienlich am Weg, diesen oder jenen Fall nach dem geschulten Rechtsgefühl am einfachsten und gerechtesten zu lösen, ohne vielfach überhaupt eine Problemstellung zu sehen¹⁾. Es ist sogar die Auffassung anzutreffen, dass es die Scheidung mit rechtfertige, wenn dadurch die Heilung der Krankheit günstig beeinflusst werden könnte²⁾. Eine Grundlage im Gesetz für diese Meinung vermag ich nicht zu erkennen.

- 1) So etwa Kammergericht vom 20. Juni 1951 -8 U 693/50

"Die Beweisaufnahme hat ergeben, dass die Beklagte öfter völlig betrunken war und die Nachbarn des Diebstahls bezichtigt hat, schliesslich auch die Ehwohnung verlassen hat. Die Folge war, dass die Parteien von allen Nachbarn gemieden wurden. Bei ihrer Anhörung vor dem Senat hat sie diese Vorwürfe aufrecht erhalten und weiter angegeben, dass die Eheleute X. und deren Tochter Salzsäure, Schlafmittel und Insektenpulver durch die Tür- und Fensterritzen mit einem langen Rohr in die Lauben gespritzt hätten. Dieses Verhalten stellt objektiv eine schwere Eheverfehlung dar. Die Beklagte hat aber nicht schuldhaft gehandelt; denn sie leidet unter einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit."

- 2) OLG Hamm vom 21. Oktober 1963 - 5 U 115/62 -:

"Die Ehe ist durch das krankheitsbedingte Verhalten der Beklagten auch so tief zerrüttet, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Im Gegenteil: Gerade die Lösung der Ehe und die damit verbundene Beendigung der durch sie begründeten Konfliktsituation ist nach den auch insoweit überzeugenden Darlegungen des Sachverständigen eine wesentliche Voraussetzung für eine Heilung der Krankheit."

2. Die Scheidung wegen Geisteskrankheit, § 45 EheG

Die Ausbeute an Entscheidungen zu § 45 EheG ist sehr gering. Die bekannt gewordenen Fälle ergeben spezifisch beschriebene schwere Krankheitsbilder, die eine Erörterung über das Wesen des vom Gesetzgeber nicht definierten Begriffs der Geisteskrankheit nicht zulassen. Das Oberlandesgericht München¹⁾ hat einen Fall der Schizophrenie entschieden, in dem die entmündigte Beklagte sich seit längerer Zeit ohne Hoffnung auf Besserung ihres Zustandes in einer Heilanstalt befindet. Dasselbe Gericht hat sich mit einem unheilbaren Fall von chronischer Paraphrenie beschäftigt²⁾, und vom Oberlandesgericht Nürnberg ist ein Fall bekannt geworden³⁾, in dem die Beklagte unter einer Psychose mit klassischer Symptomatik von Sinnes-täuschungen und Wahnvorstellungen litt, die weit fortgeschritten war, so dass die Patientin völlig beherrscht war von krankhaften Vorstellungen und Wahnideen. Ihr ganzes Tun und Denken kreiste um paranoide Komplexe. In allen Fällen war die geistige Gemeinschaft ersichtlich aufgehoben. Die Ehen sind geschieden worden. Hinzu kommt noch ein Fall der Schizophrenie, den das Kammergericht entschieden hat⁴⁾. In einem anderen Fall von Schizophrenie hat das Kammergericht allerdings die Scheidung abgelehnt⁵⁾ mit der Begründung, die geistige Gemeinschaft sei noch nicht aufgehoben:

"Bei diesem Sachverhalt kann der Senat es dahingestellt sein lassen, ob dem Sachverständigengutachten zu folgen ist. In jedem Fall hätte die Geisteskrankheit bisher nicht einen solchen Grad erreicht, dass die geistige Gemeinschaft zwischen den Parteien aufgehoben ist. ... Dass der Beklagte an dem Ergehen der Klägerin durchaus noch Anteil nimmt, ersieht der Senat aus dem Umstand,

-
- 1) OLG München vom 18. Juni 1957 - 5 U 1937/56 -
 - 2) OLG München vom 21. Februar 1961 - 5 U 644/60 -
 - 3) OLG Nürnberg vom 2. März 1962 - 1 U 103/61 -
 - 4) KG vom 12. Juli 1962 - 8 U 473/60 -
 - 5) KG vom 3. Februar 1958 - 8 U 1334/56 -

dass die Parteien im Laufe des Rechtsstreits im Jahre 1955 zusammen fünf bis sechs Wochen verreist waren, dann gegenseitig miteinander korrespondiert und sich 1957 und 1958 mehrere Male auf Veranlassung des Beklagten getroffen haben, bei welchen Gelegenheiten sie jeweils mehrere Stunden zusammen ausgegangen sind und sich miteinander unterhalten haben."

Eine weitere Erörterung der Problematik auf obergerichtlicher Ebene hat, soweit bekannt geworden, nicht stattgefunden¹⁾.

1) Auch Dölle-Luther, Familienrecht, Bd. 1, Seite 520 ff führen keine neuen Entscheidungen an; vgl. auch Göppinger, "Geisteskrankheit als Scheidungsgrund und der Begriff der 'geistigen Störung'", Nervenarzt, 1954, 291 ff und Mikat, FamRZ, 1964, 1, 3 - 7.

3. Die Scheidung wegen ansteckender oder ekel-
erregender Krankheit, § 46 EheG

Die Oberlandesgerichte haben bisher ersichtlich keine Gelegenheit gehabt, über das in der Literatur Mitgeteilte hinaus Einzelheiten zu erörtern¹⁾.

-
- 1) Das Kammergericht hat ersichtlich nur einen Fall entschieden, und zwar durch das Urteil vom 12. Juli 1950 - 8 U 3968/49 -. Die ganze Begründung lautet:
"Dagegen war aber dem Hilfsantrag des Klägers, die Ehe aus § 46 EheG zu scheiden, stattzugeben. Nach dem Gutachten des Sachverständigen leidet die Beklagte an ansteckender Tuberkulose. Mit der Beseitigung der Ansteckungsgefahr und mit einer Heilung ist in absehbarer Zeit nicht zu rechnen; "es handelte sich um einen 1923 geborenen Kläger und um eine 1926 geborene Beklagte, die Ehe war 1947 geschlossen worden;
ablehnend bei Parkinson'scher Krankheit OLG Nürnberg in FamRZ 1961, 526;
im übrigen vgl. Dölle-Luther, aaO, Seite 522 und Mikat in FamRZ 1964, 1, 11 bis 13.

4. Die "Härteklauseel" des § 47 EheG

Es kann heute als feststehende Rechtsprechung angesehen werden, dass § 47 EheG keine eigentliche Härteklauseel enthält, sondern die allgemeine Richtlinie für die rechtliche Würdigung der in §§ 44 bis 46 des Ehegesetzes geregelten Fälle darstellt. Die Vorschrift ist daher nicht mehr Ausgleich für den Ausnahmefall¹⁾ und hat auch letztlich nichts mit der Beweisregel zu tun, wie früher vielfach angenommen wurde²⁾. Sie gibt bei richtiger verfassungstreuer Auslegung dem Richter die Möglichkeit, die Scheidung als den gesetzlichen Ausnahmefall auf wenige sittlich gerechtfertigte Fälle zu beschränken.

Freilich war die Bestimmung anders gedacht. Das ergibt sich aus der Amtlichen Begründung zum Ehegesetz 1938³⁾, in der deutlich auf "denkbare Fälle" abgestellt wird, in denen die Regel nicht zu einer gerechten, völkische Belange wahrenenden Entscheidung führen kann. Damit hat der Gesetzgeber eindeutig einen anderen Weg gewählt als die N.S.D.A.P. Die Wissenschaftliche Abteilung des Nationalsozialistischen Deutschen Rechtswahrerbundes hatte nämlich vorgeschlagen, das Scheidungsrecht zu versagen, "wenn das Scheidungsbegehren gegen die Treue verstossen

1) BGH vom 28. Oktober 1960, FamRZ 1961, 66, 67

2) vgl. RGZ 165, 352, 358 und v. Scanzoni, Das großdeutsche Eherecht, zu § 54, Anm. 1: "Der Härteparagraph", den auch andere neuzeitliche Gesetze (vgl. RAÜ) kennen, soll ... grobe, nicht zu verantwortende Härten verhüten. Die Anwendung des § 54 soll also Ausnahme sein. Die Regel ist und bleibt, was in den §§ 50 bis 53 niedergelegt ist. Es darf nicht so angesehen werden, als hätte der Gesetzgeber die drei vorhergehenden Bestimmungen nachträglich selbst wieder bereut und sozusagen durch § 54 alles wieder gut machen wollen." Vgl. auch die S. 74 besprochene Entscheidung des HansOLG Bremen vom 11. April 1958 - I U 312/57 -.

3) DJ 1938, 1109

würde, die die Ehegatten einander schulden¹⁾". Hierzu hatte Freisler zustimmend bemerkt²⁾, damit sei eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass es sittliche Erwägungen seien, die im Einzelfall die Scheidung ausschliessen. Es heisst: "Sehr schnell ertönt hier der Ruf, man dürfe doch nicht den Kranken, Verunglückten, Fortpflanzungsunfähigen schützen. Allein in seiner Einseitigkeit ist dieser Ruf nicht berechtigt. Denn man darf auch nicht die Pflicht sittlicher Lebensgemeinschaft vergessen; die Pflicht zur Treue und zum Zusammenstehen, die ihre volle Bedeutung erst erhält, wenn es nicht mehr leicht ist, sie zu erfüllen. Es kommt darauf an, ob die Pflicht zu treuer Lebensgemeinschaft dem vom Unglück nicht unmittelbar betroffenen Ehegatten verbietet, die Scheidung zu verlangen."

Die allgemeine Ratlosigkeit, herbeigeführt durch die dem Gedanken des Gesetzgebers selbst innewohnende Ungerechtigkeit, hat hiernach schliesslich zu einer Art von Güterabwägung geführt, mit deren Hilfe gefunden werden soll, ob das Scheidungsbegehren sittlich gerechtfertigt ist oder nicht. Mir scheint, dass diese dem Richter abverlangte Methode dem Wesen der Ehe überhaupt nicht gerecht wird, weil sie eine den Ehegatten geschuldete klare Antwort der richterlichen Gewalt ausschliesst. Es wird im folgenden noch an verschiedenen Beispielen gezeigt werden, in welche fast unüberwindlichen und mit dogmatischen Mitteln auch nicht bewältigten Schwierigkeiten die Gerichte geraten sind gerade bei dieser Frage und welches Risiko dem klagenden Ehegatten aufgebürdet wird, dem niemand mehr raten kann, ob er denn nun ein Scheidungsrecht habe oder nicht. Damit ist das Recht auf Scheidung, das als Institution durchaus anerkannt werden kann, zu einem

1) DR 1937, 251 ff

2) Vom alten zum neuen Ehescheidungsrecht S. 138

dunklen, unbestimmten Begriff geworden, der noch weniger bestimmbar ist, als etwa Treu und Glauben im Vertragsrecht. Hat schon dort die unübersehbare Kasuistik¹⁾ beträchtlichen Schaden an der Rechtssicherheit angerichtet, so wird dort wenigstens noch der Versuch gemacht, das Billigkeitsempfinden einer gedachten repräsentativen Gruppe von Menschen heranzuziehen²⁾. Hier im Eherecht muss nach den Erfahrungen der Praxis diese Methode versagen, weil der Maßstab des Allgemeinbefindens für das einmalige Ereignis des Ehebundes zwischen zwei Menschen überhaupt nicht besteht, infolge der wesensgemässen Ausschliesslichkeit nicht bestehen kann und letztlich, sagen wir es offen, eine unerfüllbare Forderung nach Beurteilung darstellt³⁾. Daher ist die vom nationalsozialistischen Gesetzgeber gefundene

1) Man betrachte etwa Staudinger-Weber zu § 242 BGB

2) Vgl. aber auch OLG Nürnberg vom 22. Juni 1961, FamRZ 1961, 526, 230: "Bei der Gesamtlage der Umstände würde es den Anschauungen eines anständig und gerecht denkenden Menschen nicht entsprechen, wenn die Ehe geschieden würde. Das Scheidungsbegehren des Klägers ist daher sittlich nicht gerechtfertigt."

3) vgl. BGH vom 18. Dezember 1957 in JZ 1958, 505: "Die Ehe besteht in der Begründung, Erhaltung und Entfaltung einer engen, grundsätzlich alle Lebensbereiche umfassenden Lebensgemeinschaft der Ehepartner. Eine solche Gemeinschaft kann sich im Zusammenleben der Ehegatten fortlaufend verwirklichen, die Ehe kann damit zu einer ihrem Wesen entsprechenden Erfüllung gelangen, auch wenn sie nicht einem "Musterbild von Ehe" entspricht. Das Zusammenleben der Ehegatten kann sich aber auch so gestalten, dass der Sinn der Ehe verfehlt wird, die Ehe zu einem Zerrbild ehelicher Gemeinschaft entartet und schliesslich einer völligen Zerrüttung anheim fällt. Ob das eine oder das andere geschieht, hängt von objektiven - z.B. charakterlichen, körperlichen, gesundheitlichen, wirtschaftlichen und sozialen - Gegebenheiten und entscheidend auch vom Verhalten der Ehegatten ab. In diesem Sinne ist es zutreffend, dass die Ehegatten es in der Hand haben, was sie aus ihrer Ehe machen.""

Regelung der geradezu typische Fall einer unpraktikablen, letztlich der Willkür des Richters ausgelieferten, weil mangels geeigneten allgemeingültigen Maßstabes vom Dritten nicht nachzuvollziehenden, also für den Rechtsuchenden begrifflich nicht verständlichen Lösung von Rechtsverhältnissen, welche gerade als staats- und gemeinschaftsbildende Faktoren einer besonders klaren übersichtlichen und gerechten Lösung bedürfen¹⁾. Deshalb hat Mikat recht²⁾, wenn er die sich entwickelnde Kasuistik letztlich für unwichtig hält. Die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung auf dem Gebiet des § 47 EheG muss sich deshalb darauf beschränken, einige Merkmale aufzuzeigen. Dabei wird sich folgerichtig eine undogmatische, fast verworren zu nennende Gedankenführung zeigen, die ein kennzeichnendes Licht auf die Rechtslage wirft.

Ich beginne mit einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Nürnberg³⁾. Ihr liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Parteien hatten im Jahre 1936 die Ehe geschlossen. Der Kläger war damals achtundzwanzig, die Beklagte war zwanzig Jahre alt. Aus der Ehe sind vier Kinder, geboren 1937 bis 1944, hervorgegangen. 1957 haben die Parteien zuletzt miteinander geschlechtlich verkehrt und sich dann getrennt. Die Beklagte leidet an manisch-depressivem Irresein. Während der Krankheitsschübe hat sie ihre Hemmungen verloren und infolgedessen Beziehungen

1) Es sei an dieser Stelle gestattet, den Gedanken aufzuwerfen, warum das Recht der Eheschliessung im grossen und ganzen niemals Schwierigkeiten bedeuten der Natur bereitet hat. Es lässt sich ohne Zwang regeln, weil es naturgegebene Voraussetzungen vorfindet. Die Misere bei der Ehescheidung, vom Ehebruch einmal abgesehen, beruht doch darauf, dass die Auflösung der Ehe eben diese Vorgegebenheiten nicht vorfindet. Es wird darin deutlich, dass der Gesetzgeber seinen nicht mit der natürlichen Ordnung übereinstimmenden Willen dem natürlichen Begriffsvermögen des Volkes auch nicht nahebringen kann. Im Grunde habe ich immer wieder die Erfahrung gemacht, dass auch der stärkste Wille zur Trennung vom Ehegatten eine eingängige Erklärung für das dem Ehegattolbnis zuwiderlaufende Verhalten nicht hervorzubringen vermag.

2) FamRZ 1964, 1, 13.
3) vom 23. Februar 1961 - 2 U 123/59 -

zu anderen Männern angeknüpft, sich dabei in der Öffentlichkeit auffallend benommen, sinnlos Geld verschwendet, 1957 sogar Ehebruch getrieben und schliesslich einen Versuch der Selbsttötung unternommen. Der Kläger hat sich einer anderen Frau zugewendet. Nach den Ausführungen des Sachverständigen tritt die Krankheit in Schüben auf. Zwischenzeitlich ist die Beklagte psychisch unauffällig.

Die Klage ist in beiden Rechtszügen abgewiesen worden. Das Oberlandesgericht hat festgestellt, die Beklagte habe Handlungen begangen, die an sich schwere Eheverfehlungen darstellen und die nur deshalb nicht als solche gewertet werden können, weil die Beklagte sie im Zustand einer geistigen Störung begangen hat und infolgedessen dafür nicht verantwortlich gemacht werden kann. Das Oberlandesgericht ist auch davon ausgegangen, dass die Ehe der Parteien durch dieses Verhalten der Beklagten tiefgehend zerrüttet worden ist. Das Gericht hat indes in Zweifel gezogen, ob die Zerrüttung auch unheilbar sei. Schon diese Fragestellung nimmt wunder, wenn bedacht wird, dass der Gesetzgeber eine so weit gehende Forderung mit der Formulierung "nicht erwartet werden kann" gar nicht aufstellt. Das Oberlandesgericht hat dazu ausgeführt:

"Nachdem sich im vorliegenden Rechtsstreit einerseits herausgestellt hat, dass die Beklagte für ihre Handlungsweise infolge ihrer Krankheit nicht verantwortlich gemacht werden kann, und zum andern, dass für ihre Krankheit durchaus Heilungsaussichten bestehen, wäre an sich eine Veränderung in der bisherigen Einstellung des Klägers nicht nur möglich, sondern sogar naheliegend. Da er sich überzeugt hat, dass die Beklagte nicht schuldhaft gegen ihre ehelichen Pflichten verstossen hat, können nur noch die Krankheit der Beklagten und ihre Folgen seine eheliche Gesinnung beeinträchtigen. Diese Folgen mögen bisher schwer gewesen sein. Aber da nach den Ausführungen des Sachverständigen die Möglichkeit besteht, die Krankheit der Beklagten dadurch unter Kontrolle zu halten, dass die Beklagte während der krankhaften Phasen im Bedarfsfalle in eine Anstalt gebracht wird, und da die Beklagte in den Zeiträumen zwischen den

Phasen völlig normal ist und überdies eine gänzliche Ausheilung der Beklagten nicht nur möglich ist, sondern sogar eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, so wäre es durchaus denkbar und auch zumutbar (!), dass der Kläger sich nunmehr entschliessen würde, die Ehe mit der Beklagten trotz der bisherigen Belastungen fortzusetzen. Anhaltspunkte für einen solchen Gesinnungswandel des Klägers sind allerdings bisher nicht erkennbar, und es muss daher für die weitere Betrachtung davon ausgegangen werden, dass bei ihm die eheliche Gesinnung zerstört ist und die Ehe aus diesem Grunde unheilbar zerrüttet ist. Es muss aber hier schon darauf hingewiesen werden, dass bei der gegebenen Sachlage diese Zerrüttung nicht auf das krankheitsbedingte - Verhalten der Beklagten allein zurückgeführt werden kann, da, wie dargelegt, die Fortsetzung der Ehe trotzdem möglich und für den Kläger zumutbar wäre."

Man könnte wohl fragen, was diese Ausführungen mit § 47 EheG zu tun haben. Sie behandeln doch ausschliesslich die Frage nach der Zerrüttung und betreffen daher - scheinbar - nur die Grundvorschrift des § 44 EheG. Zuzugeben ist allerdings, dass es weiterer Erörterungen nicht bedurft hätte, wenn das Oberlandesgericht Ernst mit der These gemacht hätte, dass die Zerrüttung der Ehe nicht auf dem krankheitsbedingten Verhalten der Beklagten beruht; denn für diesen Fall wäre die Scheidung schon an der Ursächlichkeit gescheitert¹⁾. Das Gericht benutzt aber diese Erwägungen offensichtlich nur als Hilfskonstruktion der gerechten Entscheidung halber und geht gerade den umgekehrten Weg wie das Oberlandesgericht Bremen²⁾. Es konstruiert - einwandfrei - die Zumutbarkeit des weiteren Zusammenlebens für den Kläger aus einem versteckten Schuld element, um, wie sich zeigen wird, das zu § 44 EheG Gewonnene dann unter Berufung auf BGHZ I, 264 bei § 47 EheG einzusetzen. Es sucht damit eine Verbindung herzustellen von der offensichtlichen Schuld des Klägers

1) vgl. Godin Ehegesetz, zu § 44, Anm. 4

2) vgl. Seite 43

in der ehelichen Untreue zum Sittenverstoss beim Scheidungsbegehren, ohne offen den Gedanken des § 43 Satz 2 EheG einführen zu müssen. Der Ausgangspunkt für die weitere Betrachtung ist dann folgerichtig das Wesen der Ehe, insbesondere die Tatsache, dass das eheliche Treuegelöbnis für alle, insbesondere auch für schwierige Lebenssituationen abgegeben worden ist. In diesem Zusammenhang werden auf der einen Seite die Umstände bewertet, die die Bereitschaft des gesunden Ehegatten, am Ehegelöbnis festzuhalten, untergraben haben, auch die Opfer, die die Fortsetzung der Ehe ihm abfordern, auf der anderen Seite die Opfer des kranken Ehegatten für die Ehe und die Folgen, die die Scheidung für ihn bringen würde. Erst bei der Abwägung dieser Umstände stellt das Oberlandesgericht darauf ab, dass die Bereitschaft des Klägers zur Fortsetzung der Ehe nicht allein durch die Krankheit der Beklagten und ihre Folgen untergraben worden ist, sondern mindestens zum Teil dadurch, dass der Kläger sich einer anderen Frau zugewandt hat. "Bestünden diese Beziehungen nicht", so wird argumentiert, "wäre der Kläger nach der Auffassung des Senats den für die Fortsetzung der Ehe sprechenden Erwägungen weit mehr zugänglich, als es tatsächlich der Fall ist, so dass der Schluss gerechtfertigt ist, dass die mangelnde Bereitschaft des Klägers zur Fortsetzung der Ehe mindestens zu einem erheblichen Teil nicht auf sittlich unanfechtbaren Gründen beruht." Das Oberlandesgericht bemerkt weiter, die Beziehungen des Mannes zu einer anderen Frau wirkten sich schädlich auf den Krankheitsverlauf der Beklagten aus, während es günstig wäre, würde er sich liebevoll der Beklagten zuneigen. Auf der anderen Seite wird die Dauer der Ehe ins Feld geführt, dass vier Kinder hervorgegangen sind, dass die Beklagte beim Aufbau des gemeinsamen Geschäfts tätig mitgeholfen hat, dass die Krankheit sie besonders hilfsbedürftig macht und endlich, dass der Wegfall der rechtlichen

Lebensgemeinschaft nicht durch eine entsprechende Unterhaltszahlung ausgeglichen werden kann.

Wir haben hier eine im Ergebnis zutreffende Entscheidung. Aus ihr wird deutlich, welcher Konstruktionen es bedarf, um das eigene Verhalten des Klägers mit BGHZ 1, 132 innerhalb des § 47 EheG zu würdigen.

In einem anderen, tatsächlich sehr viel schwierigeren Fall bedient sich das Oberlandesgericht Nürnberg¹⁾ einer sehr einfachen Deduktion. Eine 1924 geschlossene Ehe, aus der keine Kinder hervorgegangen sind, sollte auf Antrag des Klägers aus § 44 EheG wegen zahlreicher schwerer Eheverfehlungen der Beklagten geschieden werden. Die Beklagte, eine von Haus aus hysterische Persönlichkeit, litt unter dem Einfluss einer gynäkologischen Totaloperation und des plötzlich eintretenden Klimakteriums unter psychischer Labilität und einer sich auf diesem Boden anbahnenden paranoiden Entwicklung. Aufgrund von äusseren Tatsachen kam es zunächst zu noch verständlichen überwertigen Ideen, die sich aber schliesslich zu einem systematischen Wahngebilde verdichteten und ein schuldhaftes Handeln ausschlossen.

Der Kläger hielt sich eine dreiunddreissigjährige Freundin. Das Landgericht hatte die Ehe geschieden. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen und ausgeführt:

"Die Würdigung der gesamten Umstände ergibt, dass die Auflösung der Ehe die Beklagte aussergewöhnlich hart treffen würde. Die Ehe der Parteien besteht seit über dreissig Jahren. Die nunmehr fast sechzigjährige Beklagte hat dem Kläger ihre besten Ehejahre geschenkt. Sie hat gemeinsam mit ihm das Geschäft aufgebaut und betrieben. Dass sie sich schliesslich gegen den Kläger gestellt und sich in Wahnideen hineingesteigert hat, wurde vor allem dadurch ausgelöst,

1) OLG Nürnberg vom 20. Oktober 1961 - 1 U 6/60 -

dass er ihr die Treue nicht gehalten und sich immer wieder anderen Frauen zugewandt hat. Er hat durch seine ehebrecherischen Beziehungen ihre Eifersucht hervorgerufen und ständig genährt. Nicht einmal der Selbstmordversuch, den die Beklagte am Heiligen Abend 1955 unternommen hat, hat den Kläger zur Umkehr bewogen. Er hat die alternde Frau, die ihn nicht verlieren wollte, wegen seiner ausserhelichen Beziehungen beseite gesetzt und sie dadurch immer mehr ihren krankhaften Vorstellungen anheim fallen lassen. Unter diesen Umständen kann der Beklagten, die trotz ihres Zustandes durchaus noch imstande ist, die Bedeutung der Eheauflösung zu erkennen und zu empfinden, nicht angesonnen werden, die Ehe mit dem Kläger zu beenden, um ihm, wie sie glaubt, die Möglichkeit zu eröffnen, seine langjährige Geliebte zu heiraten. Wollte man ihr das zumuten, so hiesse das, sie noch tiefer in ihre durch das Zutun des Klägers hervorgerufenen Wahnvorstellungen hineinzustossen. Das aber würde eine aussergewöhnliche Härte, die bei dem Verhalten des Klägers der Beklagten nicht auferlegt werden kann, bedeuten."

Hier wird also die Erwägung des § 43 Satz 2 EheG auf § 44 EheG projiziert, ohne auch nur den Versuch zu machen, die erheblichen Verfehlungen der Beklagten diesem Tun des Klägers gegenüberzustellen. Das Oberlandesgericht Nürnberg folgt damit der allgemein anzutreffenden Instanzenpraxis, den Ehebrecher keineswegs oder nur unter besonderen, hier nicht näher bedeutsamen Umständen aus der Ehe zu entlassen, eine im Grunde begrüssenswerte und dem Wesen der Ehe gerecht werdende Einstellung¹⁾. Auf diesem Gedanken beruht eine Entscheidung²⁾, die sogar die Wiederherstellbarkeit einer zerrütteten Lebensgemeinschaft mit dem ehewidrigen Verhalten des Klägers begründet und daher gar nicht zu Erörterungen im Rahmen von § 47 EheG vordringt:

"Wohl aber muss die Zerrüttung festgestellt werden, und zwar als Folge eines auf geistiger Störung beruhenden Verhaltens (der Beklagten). Ob der Kläger aber in seinem ehelichen Empfinden durch das beanstandete Verhalten der Beklagten so schwerwiegend und nachhaltig getroffen worden ist, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe gemässen Lebensgemeinschaft

-
- 1) Siehe aber den Salzsäure-Fall OLG München vom 12. Oktober 1962 - 8 U 1106/61 Seite 83, Anm. 126
2) OLG München vom 15. März 1960 - 4 U 280/59 -

deshalb nicht erwartet werden kann, ist nicht überzeugend dargetan, so dass es insoweit am Tatbestand des § 44 EheG mangelt. Der Kläger hat sich alsbald nach der Einlieferung der Beklagten einer anderen Frau zugewandt, mit der er nun, wie aus seiner Aussageverweigerung hervorgeht, im Ehebruch zusammenlebt. Daraus ergibt sich, dass die Zerrüttung der Ehe mindestens überwiegend vom Kläger verschuldet worden ist."

Im folgenden soll ein in der Begründung sehr wichtiger Fall angeführt werden, in dem ein Oberlandesgericht in Abänderung des landgerichtlichen Erkenntnisses die Klage abgewiesen hat.²⁾ Der zur Zeit des Urteils einunddreissig Jahre alte Kläger und die siebenundzwanzigjährige Beklagte hatten 1957 in Hamburg die Ehe miteinander geschlossen, aus der ein vor ehelich gezeugtes Kind hervorgegangen ist. 1961 fand der letzte Eheverkehr statt. Seit November 1961 leben die Parteien getrennt voneinander.

Nach der Geburt des Kindes zeigte sich bei der Beklagten ein postpartaler Verstimmungszustand, der medikamentös behandelt wurde. 1962 fiel die Beklagte in eine besonders depressive Periode, die eine stationäre Behandlung erforderlich machte. Nach einer vorübergehenden Besserung wiederholte sich der Zustand. 1963 konnte die Beklagte teilweise arbeiten, musste aber auch in jenem Jahr mehrfach eine Klinik aufsuchen.

Der Kläger hat der Beklagten vorgeworfen, sie habe ihn grundlos beschimpft und mit Tötung bedroht, sie sei tätlich geworden, habe den Haushalt vernachlässigt, den Eheverkehr verweigert, insbesondere die Empfängnis eines zweiten Kindes abgelehnt sowie Alkohol- und Medikamentenmissbrauch getrieben. Das Oberlandesgericht hat sich mit § 44 EheG auseinandergesetzt und führt sodann wörtlich fort¹⁾ :

1) Wegen der ausserordentlichen Bedeutung der ersichtlich bisher nicht veröffentlichten Entscheidung mit dem wichtigen Zitat des Bundesgerichtshofes schien mir eine längere wörtliche Wiedergabe geboten.

2) HansOLG Hamburg vom 23. Januar 1964 - 6 U 187/63 -

"Schliesslich muss das Scheidungsbegehren des Klägers - das betont der Senat besonders - im Hinblick auf § 47 EheG scheitern. Es ist zu beanstanden, dass sich das Landgericht nicht näher mit den Voraussetzungen dieser Bestimmung auseinandergesetzt hat. Es hat hierzu lediglich festgestellt, die Beklagte habe insoweit nichts vorgetragen. Nach § 622 ZPO sind hierzu jedoch Ermittlungen von Amts wegen zu führen. Nach der Ansicht des Senats ist das Scheidungsbegehren des Klägers nicht sittlich gerechtfertigt:

Der Bundesgerichtshof hat in seinem am 30. Oktober 1963 erlassenen Urteil - IV ZR 10/63 - ausgeführt, bei der Prüfung der hier in Betracht kommenden Voraussetzungen müsse vor allem berücksichtigt werden, dass in dem Eherecht der tragende Grundsatz der Unlöslichkeit der Ehe gelte, der nur durchbrochen werden dürfe, wenn die Eheleute an Grenzen geführt würden, die die Verwirklichung der Ehe unmöglich machten und nicht mehr zumutbar erscheinen liessen; Schwierigkeiten und Belastungen, die sich aus der Erkrankung des einen Ehegatten ergäben, habe der gesunde Ehepartner zu tragen, soweit es ihm möglich sei; er habe bei dem kranken Ehegatten möglichst auszuhalten und ihm Halt und Beistand zu gewähren, selbst dann, wenn die Verwirklichung einer vollen Lebensgemeinschaft zeitweise oder auch dauernd nicht mehr möglich sei; die Treue und Beistandspflicht des gesunden gegen den kranken Ehegatten sei bei der Prüfung der sittlichen Berechtigung des Scheidungsbegehrens als grundlegender Ausgangspunkt zu werten¹⁾. Dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofes liegt ein Fall zugrunde, in dem die Ehefrau dreizehn Jahre hindurch an fortgeschrittener endogener Psychose mit halluzinatorischer und paranoider Symptomatik neben einer hochgradigen Schwerhörigkeit gelitten hatte und Besserung nicht zu erwarten war; der gesunde Ehemann hatte sich bis zur Klageerhebung nach besten Kräften um die Heilung seiner Ehefrau bemüht.

-
- 1) So auch schon OLG Hamm vom 13. März 1957 - 8 U 163/56 - FamRZ 1957, 262, 263: "Vor jeder Prüfung, ob die Aufrechterhaltung einer Ehe (§ 48 EheG) oder ob eine Scheidung (§ 47 EheG) sittlich gerechtfertigt ist, steht die Erkenntnis, dass die Ehe ein Treuegelöbnis ist, das für alle Lebenssituationen abgegeben worden ist, in die ein Ehegatte jemals geraten mag (BGHZ 1, 264; Erman zu § 47 EheG, Anm. 2; Wüstenberg, ORIZ 1954, 256...). Dieses Treuegelöbnis der Ehegatten bei Eingehung der Ehe ist auch grundsätzlich unauflöslich (vgl. VerwG Berlin, FamRZ 1956, 229, 231; Giese, FamRZ 1954, 132, 133). - Der gemäss Art. 6 Absatz 1 des Grundgesetzes garantierte "Schutz der Ehe als Institution" steht zunächst über den Belangen des einzelnen Ehegatten..."

Ob diese sehr hohen Anforderungen, wie sie der Bundesgerichtshof an den gesunden Ehegatten in diesem Zusammenhang stellt, immer berechtigt sind, kann im vorliegenden Fall unentschieden bleiben. Hier fehlt es jedenfalls sogar schon an einem Verhalten des Klägers, das weit geringeren Anforderungen entsprechen würde. Denn die hier festgestellten Tatsachen lassen ohne Zweifel erkennen, dass der Kläger der ihm als gesunden Ehegatten obliegenden Treue- und Beistandspflicht gegenüber der Beklagten keineswegs im ausreichenden Masse nachgekommen ist. Er hat sich um die Gesundheit seiner Ehefrau so gut wie gar nicht gekümmert. Er hat es sogar abgelehnt, die ausdrückliche Bitte der Beklagten, sie einmal zum Arzt zu begleiten, zu erfüllen. Er hätte ohne Schwierigkeiten die Beklagte in der Überwindung ihres keineswegs hochgradigen endogenen Ver Stimmungszustandes unterstützen können, indem er zum Beispiel versucht hätte, dem Tabletten- und Alkoholmissbrauch der Beklagten entgegenzuwirken. Statt dessen hat er sich an dem übermässigen Alkoholenuss der Beklagten noch beteiligt und sich einer anderen Frau zugewandt, obwohl er sich sagen muss, dass gerade seine erkrankte Ehefrau wegen ihres Zustandes der besonders liebevollen Betreuung durch ihn bedürfe. Der Kläger hat vor dem Senat und dem Einzelrichter erklärt, er könne die Ehe mit der Beklagten nicht fortsetzen, weil sie ihm keine Ehefrau und seinem Sohn keine Mutter mehr sei, er habe im Punkt der Ehe völlig abgeschaltet, ein 'gewisses Bedauern' empfinde er allerdings gegenüber der Beklagten für deren Schicksal. Der Kläger erkennt hierbei völlig, dass er, soweit es den häuslichen und familiären Wirkungskreis seiner Ehefrau betrifft, in der hier vorliegenden Situation nicht nur einfach die Rolle des Nehmenden spielen kann; es entspricht vielmehr gerade dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft, dass der gesunde Ehepartner auch einmal ihm ungewohnte Aufgaben in der Ehe übernimmt und darüber hinaus noch helfend neben dem kranken Ehegatten ausharrt und mit ihm gemeinsam dessen Schicksal trägt, solange das zumutbar ist. Davon, dass der Kläger im vorliegenden Fall bereits die Grenzen des Zumutbaren erreicht oder gar überschritten hat, kann keine Rede sein; denn die von ihm wegen der geistigen Störungen der Beklagten zu ertragenden Belastungen sind - im Verhältnis zu anderen Fällen gesehen, wie der oben angegebene Fall zeigt - nicht allzu schwer. Die Beklagte ist zwar nicht als geheilt anzusehen, ihr postpartaler endogener Ver Stimmungszustand hat sich aber gegenwärtig gebessert; er mag allerdings -

wie es die Sachverständigen festgestellt haben - prognostisch mit einem erheblichen Unsicherheitsfaktor belastet sein. Auf der anderen Seite hat der Senat aber aus dem Gutachten und dem persönlichen Eindruck über die Beklagte die Überzeugung gewonnen, dass sie im grossen und ganzen gesehen ihre Pflichten als Ehefrau und Mutter noch erfüllen kann, zumal dann, wenn der Kläger ihr nur ein wenig Halt und Beistand zukommen lassen würde. Und selbst wenn die Beklagte nicht in der Lage sein sollte, die Wartung des Haushalts der Parteien und ihres Kindes durchzuführen, kann das noch lange nicht als ausreichender Grund für ein sittlich berechtigtes Scheidungsbegehren des Klägers angesehen werden..."

Diese Entscheidung ist deshalb so bedeutungsvoll, weil sie von der sittlichen Treue- und Beistandspflicht der Ehegatten ausgeht¹⁾, und - mit dem Bundesgerichtshof - hiermit auch Ernst macht. Was nützt es den Parteien, dass vielfach zwar der richtige Ausgangspunkt erwähnt wird, dieser aber in der

-
- 1) So auch KG vom 30. April 1959 - 4 U 159/59 -: "Durch die Eheschliessung übernehmen beide Ehegatten füreinander die Verantwortung für das gemeinsame Leben. Aus dieser Verantwortung kann sich kein Ehe teil leicht hin lösen. Diese Verantwortung legt dem gesunden Ehe teil eine ernste Prüfungspflicht auf, ob er die Ehe mit dem vorübergehend geistig gestörten Ehe teil aufrecht erhalten kann und muss oder ob es ihm unter Berücksichtigung seiner eigenen Geisteshaltung und Lebensauffassung schlechthin nicht zumutbar ist, die Ehe aufrechtzuerhalten. Der Kläger, der nach seinem eigenen Vortrag in einer festen religiösen Bindung steht, ist sich ohne Zweifel der Bedeutung der Ehe und ihrer grundsätzlichen Unlösbarkeit bewusst. Die gegenseitige Liebe, Achtung und Treue in der Ehe bedingt, Freud und Leid miteinander zu tragen und sich in schwerer Zeit besonders zu bewähren. Der Kläger kann sich daher nicht aus der Ehe lösen, indem er vorträgt, er habe mit der Beklagten in den Jahren 1952 bis 1957 so viele Enttäuschungen erlebt, er habe nicht mehr die Kraft und den Mut zur Fortsetzung der Ehe, er lebe in einer Art Angstpsychose, die Beklagte könne wieder erkranken... Dem Kläger, der im reifen Mannesalter steht, dürfte bei erstem inneren Bemühen möglich sein, eine etwaige gewisse Angst, soweit dies einem Menschen möglich ist, zu überwinden: Gerade seine religiöse Bindung wird ihm dazu die Kraft geben, wenn er es ernstlich wünscht."

Zum Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft siehe auch KG vom 17. Januar 1963 - 8 U 1666/62 -:
"Das Verhalten des beklagten Ehegatten ist in seiner Gesamtheit zu würdigen. Nur dadurch kann der Persönlichkeit der Ehegatten und dem Wesen der Ehe als der Verwirklichung der durch das feierliche Treuegelöbniß begründeten dauernden Verbindung zu einer den ganzen Lebensbereich erfassenden Lebensgemeinschaft (BGHZ 1, 262) Rechnung getragen werden. Der Bundesgerichtshof hat darüber hinaus entschieden, dass die Ehe eine grundsätzlich unauflösliche Schicksalsgemeinschaft sei und zutiefst auf dem Gedanken beruhe, dass die Ehegatten einander bis zum Tode beizustehen haben, insbesondere, wenn der andere Partner ohne Schuld in Not geraten oder erkrankt ist und besonders der liebenden Fürsorge bedarf. Hieran hat es der Kläger fehlen lassen... Er hat sich von der Ehe losgesagt und die Trennung herbeigeführt. Dadurch hat er sich zunächst nach aussen ins Unrecht gesetzt, indem er gegen die in seinem Eheversprechen übernommenen Pflichten verstieß. Der Kläger hat daher, will er sein Verhalten entschuldigen, darzutun, gegebenenfalls zu beweisen, dass die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft durch ihn sittlich gerechtfertigt war (vgl. RGZ 163, 244; BGHZ 2, 71, 255, 259; BGH in LM Nr. 22 zu § 48 Absatz 2 EheG = FamRZ 1954, 172; Soergel zu § 48 EheG, Anm. 10; Palandt-Lauterbach BGB zu § 48, Anm. 7 und Schneider in NJW 1953, 282 ff)... Im übrigen hat die Beklagte darauf hingewiesen, dass ihr an der Sicherstellung der Versorgung gelegen ist, und dass sie auch aus diesem Grunde in die Scheidung nicht einwilligen werde. Die Einführung wirtschaftlicher Erwägungen besagt nichts rechtlich Entscheidendes gegen eine fortbestehende Bindung an die Ehe sowie gegen die Bereitschaft, die Ehe fortzusetzen. Bei dem Alter der Beklagten, ihrer Krankheit (die Beklagte war zeitweise auf Grund des Unterbringungsgesetzes vom 16. Oktober 1956 auf Betreiben des Amtes für öffentliche Ordnung der Stadt Bochum in der Landesheilanstalt Eickelborn wegen geistiger Erkrankung und Gefährdung anderer Personen untergebracht, das Oberlandesgericht Hamm hatte in einem früheren Rechtsstreit durch das Urteil vom 22. November 1960 - 10 U 53/60 - die Scheidungsklage abgewiesen mit der Begründung, das Scheidungsbegehren sei gemäss § 47 EheG sittlich nicht gerechtfertigt) und ihren sonstigen Lebensverhältnissen liegt es auf der Hand, dass sie das Für und Wider eines weiteren Zusammenlebens nüchtern abwägt und sich in ihrer Einstellung zu der Ehe auch von dem Gedanken bestimmen lässt, dass sie bei einer Scheidung eine weitere Schmälerung ihrer Versorgungsgrundlage zu befürchten hat, wenn nämlich der Kläger eine neue Ehe eingehen sollte. Das hat die Beklagte aus-

Abwägung regelmässig unterliegt? Hier indes wird eine Ausnahme von der Regel der Unauflöslichkeit nur zugelassen für den Fall, dass die Verwirklichung der Ehe, also auch notwendig der Hilfe und des Beistandes als wesentlicher Teil der ehelichen Lebensgemeinschaft, unmöglich geworden ist. Diese, ersichtlich bisher nicht veröffentlichte Entscheidung verdient wegen ihrer Akzentsetzung ganz besonderer Beachtung und sollte die Richtschnur für eine künftige Rechtsprechung werden.

In einem 1961 vom Oberlandesgericht München klageabweisend entschiedenen Fall¹⁾ war die Ehe im Jahre 1942 geschlossen worden. Aus ihr waren zwei Kinder hervorgegangen. 1958 erlitt die Beklagte einen Verkehrsunfall und zog sich Hirnschäden zu. Wegen eines - seit Jahren beendeten - ehebrecherischen Verhältnisses des Klägers zu einer anderen Frau war es nach dem Unfall zu Eifersuchtsszenen gekommen. So hatte eines Abends die Beklagte dem Kläger, der sich am folgenden Morgen auf eine Geschäftsreise begeben wollte, Vorwürfe über sein untreues Verhalten gemacht und ihm, als er das Nachtlcht löschen wollte, an sein Geschlechtsteil gefasst und laut geschrien, sie reisse ihm alles aus, dann hätten seine Huren "zu Weihnachten eine Freude". Der Kläger befreite sich mit einem

Fortsetzung Fussn. Seite 71:

drücken wollen, als sie dem Kläger gegenüber sagte, dass sie nicht wolle, dass er sich ein neues Leben aufbaue. Darin liegt noch keine negative Einstellung zur Ehe, vielmehr sind auch diese Vorstellungen und Überlegungen auf die Verwirklichung eines Zweckes gerichtet, der unter solchen Umständen noch vom sittlichen Wesen der Ehe mit umfasst wird (BGH FamRZ 1962, 422). Auch der erkennende Senat hat bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass die Sicherung der Versorgung beim kranken und alternden Ehegatten ein legitimer Teil des ehelichen Lebens ist, der nicht zu gering veranschlagt werden darf.

Die eheliche Lebensgemeinschaft unterliegt Wandlungen die mit der Natur des Menschen eng verknüpft sind. Ist es zu Beginn der Ehe das Bestreben, Nachkommenschaft zu erzeugen und aufzuziehen, so bleibt dem Alter die gegenseitige Pflege in kranken Tagen und die Sicherstellung der Versorgung. Beides unter-

kräftigen Faustschlag. Darauf trat die Beklagte dem Kläger mit den Füßen in den Unterleib.

Das Oberlandesgericht hat das Gesamtverhalten der Parteien während des Laufes der Ehe eingehend gewürdigt und dann schliesslich zu § 47 EheG kurz und bündig folgendes ausgeführt:

"Die Scheidung ist gemäss § 47 EheG schon ausgeschlossen, weil die Auflösung der Ehe die Beklagte besonders hart treffen würde. Im Anschluss an die Sachverständigengutachten muss mit dem Landgericht angenommen werden, dass die Beklagte seit dem Unfall schutz- und fürsorgebedürftig geworden ist. Auch ist zu befürchten, dass ihre schon jetzt äusserst schlechte seelische Verfassung durch eine Scheidung noch weiter erschüttert werden würde."

Zum Abschluss dieses Abschnittes muss noch eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Bremen¹⁾ besprochen werden, die besonders gut die - wie dargelegt, ungeeignete - Methode der Güterabwägung zeigt, welche von der Rechtsprechung im Rahmen des § 47 EheG bisweilen für notwendig gehalten wird. Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Parteien haben im Jahre 1940 die Ehe miteinander geschlossen. Aus ihr ist ein Kind hervorgegangen. Der Kläger war zur Zeit der Eheschliessung vierunddreissig, die Beklagte war fünfundzwanzig Jahre alt. 1954 haben die Parteien zuletzt ehelich verkehrt. In jenem Jahr traten bei der Beklagten Halluzinationen auf, die eine stationäre Behandlung erforderlich machten. Nach vierwöchigem Anstaltsaufenthalt holte sie der Kläger gegen ausdrücklichen ärztlichen Rat nach Hause. Dort ergaben sich in der Folgezeit erhebliche Unzuträglichkeiten. Die Beklagte schrieb Liebesbriefe an andere Männer, tobte und

Fortsetzung Fussn. Seite 71:

scheidet sich in seinem objektiven Wert nicht. Die eheliche Lebensgemeinschaft ist nämlich nicht teilbar. Sie wandelt sich in ihrer äusseren Erscheinungsform mit dem Menschen und behält dabei stets die gleiche Qualität." - Mit dieser unveröffentlichten Entscheidung hat das KG die Rechtsprechung BGH fortgeführt.

1) Seite 73: OLG München vom 5. Dezember 1961
- 5 U 1186/61 -

1) Hans OLG Bremen vom 11 April 1958 - 1 U 312/57 -

randalierte in der Wohnung, vernachlässigte die Haushaltsführung, zerschnitt die Unterwäsche des Klägers und würgte schliesslich das gemeinschaftliche Kind der Parteien, wobei eine Tötungsabsicht nicht nachgewiesen werden konnte. Anfang des Jahres 1955 musste die Beklagte wieder in eine Nervenklinik eingeliefert werden.

Sie hat Widerklage erhoben und erstrebt auch die Scheidung der Ehe.

Das Oberlandesgericht hat die auf § 44 EheG gestützte Klage und die Widerklage abgewiesen.

In den Gründen hat es unentschieden gelassen, ob das als bewiesen anzusehende Gesamtverhalten der Beklagten als ein die Ehe zerrüttendes Verhalten im Sinne von § 44 EheG angesehen werden kann; denn, so führt das Gericht aus, das Scheidungsbegehren scheiterte jedenfalls an § 47 EheG¹⁾. Das Gericht weist im folgenden darauf hin, dass die Beklagte zwar eine Geisteskrankheit durchgemacht habe (Schizophrenie), diese aber einem Formenkreis angehöre, der Aussicht auf völlige Heilung verspreche. Es wird dabei nicht verkannt, dass es auf den Gesundheitszustand zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung im Gegensatz zu § 45 EheG nicht entscheidend ankommt²⁾. Das Gericht stellt dafür besonders sorgfältig auf § 47 EheG ab³⁾ und führt aus,

1) In dieser Begründung wird deutlich, dass § 47 EheG nicht eine Ausnahmeregel darstellt, die den Normalfall der Scheidung voraussetzt und bei Vorliegen zunichte macht, dass vielmehr das Scheidungsrecht des § 44 EheG unter der Regel des § 47 EheG sittlich modifiziert und eigentlich erst bestimmt wird. Andernfalls müsste es für logisch unzulässig gehalten werden, das noch nicht bestimmte Recht vorauszusetzen, um die Anwendung der Ausnahmeregel zu rechtfertigen; vgl. auch Seite 56 Anm. 1.

2) Hinweis auf RGZ 159, 315 ff

3) Hinweis auf BGHZ 1, 132, 137, 140, 141

in einem solchen Fall müsse regelmässig verneint werden, dass das Verhalten des vorübergehend geistig erkrankten Ehegatten im allgemeinen geeignet sei, zu einer völligen Zerrüttung der Ehe zu führen¹⁾. Der erkennende Senat stellt vornehmlich darauf ab, dass der Kläger die Beklagte gegen ärztlichen Rat aus der Klinik geholt habe und "damit selbst die Gelegenheit geschaffen hat, dass die damals noch nicht geheilte Beklagte Handlungen im Sinne von § 44 EheG begehen konnte." Das Gericht führt fort:

"Wenn sich nun während des Aufenthalts in der Ehwohnung der Zustand der Beklagten tatsächlich wieder verschlechterte, so ist es jedenfalls sittlich nicht gerechtfertigt, wenn der Kläger nunmehr das Verhalten der Beklagten während des von ihm selbst gewünschten Anstaltsurlaubs zum Anlass nimmt (!), um aus der Ehe herauszustreben. ... Der vorliegende Fall liegt insoweit demjenigen ähnlich, dass ein Ehegatte trotz Kenntnis der Geistesstörung des andern die Ehe schliesst und sich dann ebenfalls nicht auf ein aus § 44 EheG fliessendes Scheidungsrecht berufen kann 2)."

Diese Regel will das Oberlandesgericht aber nicht gelten lassen, wenn Handlungen begangen worden wären, die nach Art und Umfang als so schwerwiegend angesehen werden müssten, insbesondere zum Verlust jeder Achtung auf seiten des Klägers geführt hätten, dass trotz seiner Kenntnis und seines eigenen Verhaltens seinem Scheidungsbegehren die sittliche Rechtfertigung abgesprochen werden könnte³⁾. Solche Umstände hat das Oberlandesgericht verneint.

Sodann untersucht das Oberlandesgericht die Frage, welchen Einfluss die von der Beklagten erhobene Widerklage auf das Scheidungsrecht im Hinblick auf

-
- 1) Hinweis auf Hoffmann-Stephan, zu § 44 EheG, Anm. 3 C und Palandt-Lauterbach, zu § 44 EheG, Anm. 3
 - 2) Hinweis auf Hoffmann-Stephan, zu § 44 EheG, Anm. 3 B, Absatz 2
 - 3) OLG München vom 18. Dezember 1962 - 4 U 214/61 - führt in einem scheidenden Erkenntnis zu § 47 EheG aus, dass die Ehe zwar schon 1938 geschlossen worden sei, und dem Bande nach mithin vierundzwanzig Jahre bestehe, eine echte, innige Lebensgemeinschaft sich aber zwischen den Eheleuten in den Jahren des Zusammenlebens infolge der Geisteskrankheit der Beklagten nicht habe entwickeln können.

§ 47 EheG hat. Es führt aus:

"Einer Anwendung des § 47 Satz 1 EheG steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte ihrerseits Widerklage erhoben und damit zum Ausdrück gebracht hat, dass sie selbst an der Ehe nicht mehr festhalten will. Zwar wird sich der widerklagende Ehegatte regelmässig nicht darauf berufen können, dass eine Scheidung aus § 44 EheG ihn aussergewöhnlich hart treffen würde 1), § 47 Satz 2 EheG. Der Fall des § 47 Satz 1 EheG beinhaltet jedoch nicht, dass die Scheidung den anderen Ehegatten aussergewöhnlich hart treffen würde, sondern versagt der Scheidung die sittliche Rechtfertigung auch dann, wenn dies nicht der Fall ist, aber andere Gründe gegen die Auflösung der Ehe sprechen, insbesondere in der Person des Klägers liegende Umstände, wie es im vorliegenden Fall seine Kenntnis von der Erkrankung, die Herausnahme aus der Klinik und die Tatsache der Heilung sind 2). Insoweit entspricht diese Vorschrift ihrem wesentlichen Gehalt nach der Vorschrift des § 43 Satz 2 EheG 3), wonach auch bei schuldhaften Eheverfehlungen des beklagten Teils die Scheidung sittlich nicht gerechtfertigt sein kann, insbesondere, wenn ein Zusammenhang mit dem Verhalten des klagenden Teils vorhanden ist 4). Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass die Vorschrift des § 43 Satz 2 EheG zu Lasten des klagenden Teiles auch dann zur Anwendung kommen kann, wenn der beklagte Ehegatte seinerseits Widerklage erhoben hat 5). Es bestehen daher keine Bedenken, im vorliegenden Fall trotz der erhobenen Widerklage die Vorschrift des § 47 Satz 1 EheG durchgreifen zu lassen, ohne dass geprüft zu werden braucht, ob die Berücksichtigung einer erhobenen Widerklage in diesem Zusammenhang dann schon unerheblich ist, wenn sich die Widerklage als unbegründet erweist."

Wir werden uns jetzt einigen, die Scheidung aussprechenden Erkenntnissen zuwenden. Dabei ist eine bedauerliche Entdeckung zu machen. Während die Zahl der ehescheidenden Urteile weit geringer zu sein scheint, als die der klageabweisenden, ein erfreulicher Umstand im Bereich der obergerichtlichen Rechtsprechung, ist festzustellen, dass die Begründungen,

- 1) Hinweis auf OLG Oldenburg in DR 1941, 713 und RGZ 160, 307 sowie Palandt-Lauterbach, zu § 47 EheG, Anm. 3, welche sämtlich eine andere Ansicht vertreten.
- 2) Hinweis auf BGHZ 1, 132 ff; RGZ 166, 344, 347 sowie Hoffmann-Stephan, zu § 47 EheG, Anm. 3 B
- 3) Für die rechtsähnliche Anwendung des § 43 Satz 2 EheG gegen Dölle-Luther, Familienrecht Bd. 1, S. 523
- 4) Hinweis auf BGHZ aaO und OLG Köln in NJW 1950, 743

mit denen Ehen nun aufgelöst werden, oft erschreckend lapidar sind. Das mag bis zu einem gewissen Grade damit zusammenhängen, dass es sich oft um hoffnungslose Fälle handelt, zu denen nicht viel zu sagen ist. Es mag aber auch an der mangelnden Verteidigung des kranken Ehepartners liegen, der ja oft nicht selbst handlungsfähig und daher auf den Vormund, Prozesspfleger etc. angewiesen ist. Ist dieser gleichzeitig auch der Prozessbevollmächtigte, ein oft beobachteter, aber nicht sehr glücklicher Umstand, so läuft die Partei Gefahr, des für die gute Prozessführung notwendigen Spannungsfeldes zwischen Auftraggeber und Bevollmächtigtem zu entbehren. Das führt zu dem auch in Unterbringungsverfahren zu beobachtenden flachen, eigentümlich langweiligen Prozessvortrag, der eben auf diesem Mangel beruht. Hier ist es für den Richter oft schwer, dem mageren Ergebnis des Aktenstudiums eine gerechte und vor allem umfassend würdigende Entscheidung folgen zu lassen. So gesehen, ist die dürftige Ausbeute auf dem folgenden Gebiet etwas verständlicher.

Es ist zunächst eine Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahre 1951 zu nennen¹⁾, die eine kinderlos gebliebene Ehe, in der die Parteien das zweite Mal seit dem Jahre 1941 miteinander verheiratet waren, betrifft. Der Kläger war zur Zeit des Urteils neunundvierzig Jahre, die Beklagte sechsundfünfzig Jahre alt. Die Beklagte war häufig betrunken, bezichtigte Nachbarn des Diebstahls und verliess die Ehewohnung. Bei ihrer Anhörung vor dem Senat hielt sie diese Vorwürfe weiter aufrecht und gab an, dass die Nachbarn und deren Tochter Salzsäure, Schlafmittel und Insektenpulver durch die Tür- und Fensterritzen mit einem langen Rohr in die Wohnlaube der Parteien gespritzt hätten.

Fussn. 5) Seite 77:

Hinweis auf Hoffmann-Stephan, zu § 43 EheG, Anm. 4 D sowie Palandt-Lauterbach, zu § 43 EheG, Anm. 9 mit RGHR 40, 1377

1) KG vom 20. Juni 1951 - 8 U 693/50 -

Das Kammergericht würdigt das Verhalten der Beklagten als schwere Eheverfehlung im Sinne von § 44 EheG, "durch die die Ehe der Parteien auch unheilbar zerrüttet worden" sei. Das Kammergericht führt dann aus, die Beklagte könne sich auf § 47 EheG nicht berufen; denn es lasse sich nicht sagen, dass die Härte der Scheidung über die mit jeder Scheidung verbundene Härte hinausgehe. Die Beklagte habe sich durch ihr Tun von der Ehe gelöst (!). Sie könne sich schon deshalb nicht darauf berufen, dass die Auflösung der Ehe sie hart treffen würde¹⁾. Hinzu komme, dass "dringende Belange des Klägers" die Scheidung der Ehe verlangten. Ein weiteres Zusammenleben würde nämlich "infolge des Verhaltens der Beklagten nur eine weitere Entfremdung zwischen den Eheleuten und eine weitere Zerrüttung ihres Verhältnisses zueinander zur Folge haben."²⁾

Bei der Betrachtung dieser Entscheidung spürt man deutlich, wie weit die Gerichte bei der Beurteilung wesensverwandter Rechtsverhältnisse auseinander gehen und wie weit die schon dargelegte Rechtsunsicherheit besteht. In dem Urteil klingt aber auch schon die später erörterte Streitfrage über die "weitere Vertiefung der Zerrüttung bereits früher unheilbar zerrütteter Ehen" an³⁾, ohne dass diese Frage freilich schon konstruktives Element der Entscheidung geworden wäre. Die Argumentation des Kammer-

1) vgl. DR 1941, 713

2) Hierzu auch KG vom 25. März 1965 - 8 U 2222/63: "Die Voraussetzungen des § 47 EheG sind nicht gegeben. Das Scheidungsbegehren des Klägers ist sittlich nicht unberechtigt. Die Auflösung der Ehe trifft die Beklagte nicht aussergewöhnlich hart. Die Beklagte strebt selbst von dem Kläger weg, wie ihr wiederholtes Fortgehen von ihm zeigt. Sie lebt in dem Wahn, von dem Kläger nachts mit Spritzen traktiert und geschädigt zu werden. Sie wird von ihrer Schwester weiterhin betreut und hat selbst eine kleine Rente, zu der Unterhaltsanspruch gegen den Kläger tritt."

3) vgl. für alle Bosch, Ehescheidung gemäss § 48 EheG und missbräuchliche Rechtsausübung in FamRZ 1962, 182, 183 mit überzeugenden Argumenten.

gerichts ist schwach, wie überhaupt dieses Gericht zur Problematik des ganzen behandelten Komplexes nichts Bedeutendes beigesteuert hat¹⁾.

In den wenigen Fällen, in denen es überhaupt entschieden hat, sind zum Teil der allgemeinen Praxis der Oberlandesgerichte²⁾ ganz entgegengesetzte Ansichten geäußert worden³⁾, die dem Sinne des § 47 EheG nicht mehr gerecht werden.

Aber auch andere Gerichte haben ähnlich entschieden. Das trifft besonders für Fälle der echten Geisteskrankheit zu, die nach § 45 EheG beurteilt worden sind. So hat dem Oberlandesgericht München⁴⁾ ein Fall vorgelegen, in dem die Parteien im Jahre 1951 die Ehe geschlossen hatten, aus der ein Kind hervorgegangen war. Der Kläger war zur Zeit der Eheschließung sechsundzwanzig Jahre, die Beklagte zweiundzwanzig Jahre alt. Die Beklagte ist schizophran und befindet sich in stationärer Behandlung.

Hier hat das Oberlandesgericht ohne weiteres ausgeführt, dass das Scheidungsbegehren sittlich gerechtfertigt sei, wörtlich: "Es sind keine Gründe feststellbar, die es rechtfertigen, den gesunden Ehegatten an der Ehe festzuhalten⁵⁾". Diese Gedanken-

1) vgl. etwa KG vom 29. März 1962 - 8 U 2257/60 -: "Auch ist das Scheidungsbegehren des Klägers sittlich nicht ungerechtfertigt" als einzige Begründung zu § 47 EheG.

2) vgl. insbesondere Seite 68 Anm. 2

3) KG vom 12. Juli 1962 - 8 U 473/60 -: "Die Umstände des Falles erreichen den Grad (der aussergewöhnlichen Härte d. Verf.) nicht. Sie liegen vielmehr im Bereich des Allgemeinen und belasten die Beklagte nicht mehr, als nach der Lebenserfahrung schliesslich jede Ehescheidung belastend auf die sich an die Ehe gebunden führende Partei wirkt. Die Dauer der Ehe für sich ist gleichfall kein Grund für die Annahme aussergewöhnlicher Härte. Auch das Verhalten des Klägers gegenüber seiner Ehefrau führt zu keinem anderen Ergebnis. Er hatte ein Recht, die Scheidung der Ehe zu verlangen, war also auch zur ehelichen Lebensgemeinschaft nicht verpflichtet."

4) OLG München vom 18. Juni 1957 - 5 U 1937/56 -

5) Hinweis auf BGHZ 1, 263

führung halte ich für verfehlt deshalb, weil hier davon ausgegangen wird, dass es einer weiteren Begründung bedürfe, jemanden an der Ehe festzuhalten. Das Gegenteil ist der Fall, die eindeutige Ausnahme der Scheidung bedarf der Begründung¹⁾. So geschieht es in einer abschliessend zu erwähnenden Entscheidung des Oberlandesgerichts München²⁾.

Die Parteien hatten im Jahre 1952 die Ehe miteinander geschlossen. Aus ihr sind zwei Kinder hervorgegangen. Eines war vorehelich gezeugt und starb gleich nach der Geburt. Das andere, ein Mädchen, wurde 1954 geboren. Der letzte eheliche Verkehr war im Jahre 1958. Seit Mai 1959 leben die Parteien getrennt voneinander. Zur Zeit der Urteilsfindung unterhielt der Kläger ein Liebesverhältnis zu einer anderen Frau.

Fest steht, dass die Beklagte sich ein Beil besorgt und Salzsäure gekauft hat, um auf den Kläger bei passender Gelegenheit einen Anschlag zu verüben. Am 13. Mai 1959 schüttete sie ihm Salzsäure in das Gesicht, während er nichtsahnend im Bett lag. Das hatte den Verlust eines Auges zur Folge; das andere ist schwer verletzt worden. Der Kläger ist dadurch für immer behindert und entstellt.

Der Kläger hat der Beklagten vorgeworfen, sie habe ihn vor und nach dem letzten ehelichen Verkehr wiederholt als Dicksau, Mistsau, Flüchtlingssau, Krattler, Gesindel und Polak beschimpft. 1953 und 1958 habe sie die Ehe gebrochen.

Die Beklagte hat dem Kläger vorgeworfen, er habe laufend die Ehe gebrochen.

1) Ganz ohne jede Erwähnung von § 47 EheG bei Scheidung aus § 44 EheG OLG Hamm vom 21. Oktober 1963 - 5 U 115/62 -; so auch OLG München vom 10. Mai 1960 - 4 U 151/58 - in einem Fall, in dem ein Vierunddreissigjähriger seine fünfzehn Jahre ältere - geistesgestörte - Klavierlehrerin geheiratet hatte.

2) OLG München vom 12. Oktober 1962 - 8 U 1106/61 -

Nach dem Ergebnis des medizinischen Gutachtens leidet die Beklagte an einer in Schüben verlaufenden Geisteskrankheit (Schizophrenie), aufgrund derer nicht mit Sicherheit angegeben werden kann, ob die Kranke zur Zeit des Salzsäureanschlages schuldhaft handeln konnte, oder nicht.

Das Oberlandesgericht hat die Ehe entgegen dem Landgericht geschieden, dem Kläger aber Schuld gegeben.

Es hat dabei unentschieden gelassen, ob die Beklagte früher einmal Ehebruch getrieben hat, auch ob der Anschlag etwa durch eine Ohrfeige des Klägers ausgelöst worden ist, wie behauptet war. Der Senat hat ausgeführt:

"Auf keinen Fall wäre der Angriff unter Verwendung von Salzsäure erfolgt, wenn nicht bei der Beklagten ein Zustand ausgesprochener Wahnstimmung vorgelegen hätte, für den der Kläger nicht verantwortlich gemacht werden kann."

Das mag bei § 44 EheG angehen, aber jedenfalls musste das Oberlandesgericht die behauptete Provokation wohl bei § 47 EheG berücksichtigen. Auf diese Frage kommt es dem Gericht aber unter keinen Umständen an, weil die Schwere der Tat und die erheblichen Folgen ein künftiges Zusammenleben der Ehegatten nach seiner Ansicht schlechthin ausschliesst:

"Der Senat hält es für völlig ausgeschlossen, dem Kläger fernerhin zuzumuten, ein Eheleben mit der Beklagten oder gar neben ihr zu führen. ... Gegenüber dem Salzsäureangriff und seinen für das leibliche und seelische Leben des Klägers katastrophalen Folgen kann der Umstand, dass gewiss auch der Kläger seine Pflichten als Ehemann schuldhaft verletzt hat, nicht zur Verneinung der sittlichen Berechtigung des Scheidungsbegehrens führen..."

Wenn der Kläger nunmehr ehebrecherische Beziehungen unterhält, so verstösst er zwar in schwerer Weise gegen seine durch die Ehe begründete Treuepflicht. Seine Verfehlung wiegt aber nicht derart schwer, dass darüber der Salzsäureangriff mit allen damit verbundenen Folgen für den Kläger ausser Acht gelassen werden könnte und eine Scheidung eine ausserordentliche Härte für den Kläger darstellen würde."

Diese Entscheidung zeigt wieder die verworrene Rechtslage. Auf der einen Seite steht fest, dass es sich hier um einen einleuchtenden Fall der Ausnahme handelt, der, zumal in Anbetracht der Wiederholungsgefahr und der ständigen Bedrohung der Gesundheit des Klägers, die Scheidung dieser Ehe fordert. Der Kläger ist hier an Grenzen geführt worden, die ein weiteres Zusammenleben für ihn nicht zumutbar erscheinen lassen. Auf der anderen Seite kann nicht davon gesprochen werden, dass das Begehren des Klägers angesichts der eigenen Verfehlungen sittlich gerechtfertigt erscheint. Das hat zu einer Fehleinschätzung des Ehebruchs in seiner Stellung im Gesetz geführt. Er ist vom Gesetzgeber bewusst herausgehoben und steht damit - rechtsdogmatisch - über dem Trachten nach dem Leben. Ob das richtig oder auch nur zweckmässig ist, mag dahinstehen. In der angeführten Entscheidung wird aber dem Rechtssystem nicht genügt, indem die gesetzlich schwerste Verfehlung gegen die Ehe als "nicht so schwer" bezeichnet wird.

Im Widerspruch mit der Einstufung des Anschlages steht dann auch - folgerichtig - der Schuldausspruch. Zur Begründung führt das Oberlandesgericht aus: "Sein (des Klägers) ehebrecherisches Verhalten war geeignet, die Zerrüttung der Ehe weiter zu vertiefen."

Darauf allein kommt es aber nicht an. Der Bundesgerichtshof¹⁾ mit der früheren Rechtsprechung²⁾ hat nämlich gegen die Ansicht des Reichsgerichts³⁾ dahin entschieden, dass gegenüber dem Schuldantrag des beklagten Ehegatten aus § 53 Absatz 2 EheG ein Gegenantrag des Klägers, auch ein Verschulden des Beklagten auszusprechen, nicht zulässig sei. Er hat das im wesentlichen damit begründet, ein Durchdringen des vom Beklagten gestellten Schuldantrages sei gemäss § 53 Absatz 2 Satz 2 EheG ohnehin davon abhängig,

1) BGHZ 9, 225

2) OGHBrZ 3, 151

3) RGZ 160, 392; 163, 240, 164, 92; Warn 1941 Nr. 6

dass der begehrte Schuldausspruch der Billigkeit entspreche. Bei der Entscheidung dieser Frage könne aber das eigene Verschulden des Beklagten mit in die Waagschale geworfen werden. Ob das weitere Argument anerkannt werden kann, die Rechtsprechung des Reichsgerichts müsse zu unbilligen Härten führen, weil der schuldige Kläger besser gestellt werde als der schuldlose, kann hier unentschieden bleiben. Jedenfalls muss aus der Begründung, die der Bundesgerichtshof gegeben hat, der Schluss gezogen werden, dass es, nicht zuletzt des in § 61 Absatz 1 EheG geregelten Unterhaltsanspruchs wegen, einer sorgfältigen Abwägung auch des möglichen weiteren Verschuldens der Beklagten bedurft hätte, an der es das Oberlandesgericht hat mangeln lassen. Träfe es zu, dass auch die Beklagte früher oder später (§ 53 Absatz 2 Satz 2 EheG) die Ehe gebrochen hat, so wäre das Verschulden der Parteien wohl mehr oder weniger ausgeglichen, wenn feststünde - wozu der Sachverständige sich nicht geäußert hat -, dass die weiteren Eheverfehlungen der Beklagten vorwerfbar gewesen wären; denn es kann nicht aufgerechnet werden, wer es gewesen ist, der die Ehe öfter gebrochen hat als der andere. In diesem Falle käme, von allem anderen einmal abgesehen, ein überwiegendes oder gar alleiniges Verschulden einer Partei nicht in Betracht, so dass dann der Klage ohne Schuldausspruch hätte stattgegeben werden müssen. Der Rechtsstreit war hiernach noch nicht entscheidungsreif.

III. Das Verhältnis der Vorschriften über die Scheidung "aus anderen Gründen" zum Grundgesetz

1. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 45 EheG¹⁾ wirft erneut die Frage auf, wie es mit der Verfassungsmässigkeit der Vorschrift über die Scheidung "aus anderen Gründen" steht. Zwar wird diese Frage, wie in der bisherigen Rechtsprechung überhaupt, nicht mit Worten aufgegriffen. Dennoch spricht einiges dafür, dass das Ergebnis der Entwicklung von verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten mit bestimmt ist. Nach der feststehenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind nämlich Gesetze, soweit nicht ihr Zweck und ihr Wortlaut entgegenstehen, so auszulegen, dass sie im Einklang mit der Verfassung stehen.²⁾ Diese Auslegung verdient den Vorrang vor allen anderen möglichen Arten der Auslegung³⁾. Unbeachtlich ist, ob die verfassungswidrige Auslegung dem subjektiven Willen des Gesetzgebers eher entsprochen hätte⁴⁾. Andererseits darf die Auslegung dem klaren Gesetzeswortlaut keinen anderen Sinn geben⁵⁾. Endlich darf auch der normative Gehalt des auszulegenden Gesetzes nicht verändert werden⁶⁾.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁷⁾ verhält sich zum Begriff der Geisteskrankheit und der Aufhebung der geistigen Gemeinschaft im Sinne des § 45 EheG. Sie betrifft einen Fall der multiplen Sklerose und ordnet das Leiden in die Reihe der körperlichen Krankheiten ein, die in gewissen Fällen zur Geisteskrankheit werden können:

1) Urteil vom 30. Juni 1965 FamRZ 1965, 499, 500

2) BVerfGE 2, 266, 282; 8, 38, 41

3) BVerfGE 8, 274, 324

4) BVerfGE 9, 194, 200; 12, 45, 61

5) BVerfGE 8, 28, 34; 11, 74, 84, 85; vgl. auch 12, 151, 172

6) BVerfGE 4, 219, 233, 234; 8, 71, 77 ff; 9, 83, 87

7) FamRZ 1965, 499 ff

"Die multiple Sklerose ist, wie allgemein bekannt ist und wie auch der Sachverständige in seinem Gutachten dargelegt, primär eine körperliche Krankheit, nämlich eine Erkrankung des Zentralnervensystems und zwar des Rückenmarks und des Gehirns, die sich zunächst überwiegend, wenn nicht ausschliesslich auf den körperlichen Zustand des Kranken, insbesondere auf die Bewegungsfähigkeit seiner Glieder auswirkt. Nur wenn die Entzündungs- und Entmarkungsherde in stärkerem Masse auf das Gehirn übergreifen, kommt es auch zu Persönlichkeitsveränderungen, die zweifellos einen solchen Grad erreichen können, dass sie die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten dauernd beenden. Ist diese Wirkung eingetreten, so ist dieser Zustand des Kranken Ehegatten als ... Geisteskrankheit im Sinne des § 45 EheG zu bezeichnen."

Sodann setzt sich der Bundesgerichtshof mit der Frage auseinander, was unter geistiger Gemeinschaft zu verstehen ist und wann sie zu bestehen aufhört.

Es soll im folgenden untersucht werden, ob mit der vom Bundesgerichtshof geführten Argumentation ein Beitrag zur verfassungsgemässen Auslegung der betreffenden Vorschriften geleistet worden ist und welche Richtlinien für andere Fälle aufgezeigt worden sind, die mit Worten nicht als solche genannt worden sind.

Das Bundesverfassungsgericht hat am 17. Januar 1957¹⁾ festgestellt²⁾, dass Artikel 6 Absatz 1 des Grundgesetzes nicht nur ein Bekenntnis enthält, auch nicht nur als Institutsgarantie wirkt, sondern darüber hinaus zugleich eine Grundsatznorm enthält, das heisst eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden positiven Rechts. Aus dieser Funktion folgert das Gericht zweierlei: Positiv die Aufgabe für den Staat, Ehe und Familie nicht nur vor Beeinträchtigungen durch andere Kräfte zu bewahren, sondern auch durch geeignete Massnahmen zu fördern, negativ das Verbot

1) BVerfGE 6, 55ff

2) aaO 72

für den Staat selbst, die Ehe zu schädigen oder sonst zu beeinträchtigen¹⁾. Bettermann-Scheffler²⁾ sehen hier kein Problem: "Nichts deutet darauf hin, dass das Grundgesetz das Ermessen des Gesetzgebers bei der Gestaltung des Scheidungsrechts über das hergebrachte Mass hinaus, etwa auf das Verschuldensprinzip hätte einschränken wollen. Den Scheidungsgründen des Ehegesetzes in § 48 Absatz 2 Satz 1 (Zerrüttung), § 44 (geistige Störung), § 45 (Geisteskrankheit) und § 46 (ansteckende und ekelerregende Krankheit) stehen daher verfassungsrechtliche Bedenken nicht entgegen. Hingegen wäre die einseitige Verstossung wegen Unfruchtbarkeit, wie sie § 53 des Ehegesetzes 1938 vorgesehen hatte, mit der Idee der Lebensgemeinschaft unvereinbar." Wernicke³⁾ erwähnt die Problemlage bei der Ehescheidung nicht. Maunz-Dürig⁴⁾ haben Artikel 6 GG nicht erläutert. Müller-Freienfels⁵⁾ weist im rechtsvergleichenden Teil seiner Arbeit darauf hin, dass manche in § 46 EheG die Legalisierung des ehelichen Treubruchs sähen. Er

-
- 1) Gegen von Mangoldt-Klein (Das Bonner Grundgesetz, Band I, 1, 2. Auflage 1955 zu Artikel 6 Anm. III 1): "Ebenso wie Artikel 119 Absatz 1 der Weimarer Reichsverfassung - vgl. Anschütz WRV zu Art. 119 Anm. 2 und 3 - enthält Absatz 1 sowohl aktuelles Recht als auch eine nur programmatische Deklamation; ersteres, er Ehe und Familie in Bestand und Inhalt gegenüber staatlichen Eingriffen schützt (negativer Status), letzteres, soweit er einen besonderen ehe- und familienfördernden (positiven) staatlichen Schutz fordert. Damit ist er ungeachtet des Artikels 1 Absatz 3 zum Teil nur Gesetzgebungsprogramm - unklar von Mangoldt, AÖR, 283: 'kaum mehr als eine Deklamation', Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht, 3. Auflage 1954 Seite 102: '... für den Gesetzgeber doch wohl nur programmatische Bedeutung', Wernicke im Bonner Kommentar zu Art. 6 Anm. II 1 c -".
 - 2) Bettermann-Scheffler, Die Grundrechte, IV, 1, 284, 285 mit Hinweis auf BGHZ 1, 87
 - 3) Bonner Kommentar zu Artikel 6 GG
 - 4) Maunz-Dürig, Grundgesetz
 - 5) Ehe und Recht 1962 Seite 292

führt Conrad¹⁾ an und insbesondere den in der französischen Judikatur betonten Gedanken, dass ein Ehegatte seinen Partner nicht in Unglück und Not, also auch nicht bei schwerer Krankheit verlassen dürfe sowie die Abneigung französischer Gerichte, eine unheilbare Krankheit als Scheidungsgrund anzunehmen²⁾.

Hierauf ist schon im älteren Schrifttum erwidert worden³⁾, die Geisteskrankheit unterscheide sich sehr wesentlich von den körperlichen Leiden; "denn diese affizieren nur einzelne Teile des Leibes, jene aber treffen den innersten Kern des Daseins, sie töten den Geist. Der von unheilbarem Irrsinn Befallene ist zwar noch ein Individuum, aber er hört auf, eine Person zu sein, jede innere Beziehung zu seinem Ehegatten ist gelöst. Gerade in der Ehe wiegt aber der Mangel seelischer Gemeinsamkeit weit schwerer als alles Körperliche. Acceptiert man das kirchliche Motiv für die Untrennbarkeit des ehelichen Bandes, dass der geistige Bund zwischen den Ehegatten ein Sinnbild der Vereinigung Christi mit seiner Gemeinde sei, wird man hier die Scheidung zulassen müssen, da eben das geistige Band zwischen dem gesunden und dem wahnsinnigen Ehegatten zerrissen ist." Auf der anderen Seite ist auch gesagt worden⁴⁾ dass die

-
- 1) Grundprobleme einer Reform des Familienrechts, Heft 12 der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, 1954, Seite 84
 - 2) vgl. die dortigen Hinweise auf Aix vom 3. Juni 1936-D.H. 1936, 546 -; Travaux 3 (1947/48), 603; vgl. auch Johann Georg Krünitz, Oeconomische Encyclopädie, 1777, X. Teil 178: "Ist es einem Freunde nicht zu vergeben, wenn er den anderen verlässt, weil derselbe ausser Stand gesetzt worden, ihm zu dienen: so ist die Undankbarkeit gewiss noch viel schwärzer, mit welcher man einen Ehegatten von sich entfernt, weil er uns ohne seine Schuld nicht mehr vergnügen kann. Sollte dieses durch die Gesetze erlaubt und zur Gewohnheit werden, so würden sich viele bedenken, in den Ehestand zu treten, auf dessen Beförderung doch ein kluger Regent möglichst bedacht sein sollte."
 - 3) Willi Pape, Wahnsinn als Scheidungsgrund, Goslar 1897, Seiten 27, 28
 - 4) Krünitz aaO, 170, 177: "Ich zweifle sehr daran, dass Eheleute die Widerwärtigkeiten des Hausstandes geduldiger ertragen würden, wenn es bloss

Ermöglichung der Scheidung geeignet ist, den Widerstandswillen der Ehegatten zu lähmen. Gerade dieser Gedanke, so sehr er teils verworfen wird¹⁾, führt uns zu der Frage, ob durch die Bestimmungen der §§ 44 bis 47 EheG und überhaupt durch das Zerrüttungsprinzip sowie deren Anwendung der Staat "die Ehe schädigt".

2. Es ist in neuerer Zeit, insbesondere von Bosch ausgeführt worden²⁾, dass das "von den Nationalsozialisten 1938 in Deutschland eingeführte und vom Kontrollrat 1946 im wesentlichen übernommene Zerrüttungsprinzip sowohl gegen Artikel 6 Absatz 1 des Grundgesetzes, als auch gegen die Menschenrechtserklärung verstösst"³⁾. Anklänge finden sich aber schon in der Arbeit "Gleichberechtigung im Bereich der elterlichen Gewalt"⁴⁾. Auf der Tagung für Rechtsver-

Fortsetzung Fussn. 4 Seite 88:

auf ihr Belieben ankäme, diese Bande zu zerreißen, Vielmehr würde der eine Teil, der an der Treue des andern zu zweifeln Ursache hätte, es für eine Mühe von ungewissem Erfolge ansehen, wenn er seine Kräfte, seine Reichthümer und seinen Fleiss zum Aufnehmen eines Hausstandes verschwenden sollte, der vielleicht morgen, aus Eigensinn des andern Theiles wird aufgehoben werden. Hingegen wird er mit grösserem Eifer eine gemeinschaftliche Glückseligkeit bauen, die ihm beständig bleibt, und welche nur der Tod unterbrechen kann. Gesetzt, er täte dieses nicht aus Liebe zu seinem Ehegatten: so wird er es doch gewiss aus Liebe zu sich selbst thun."

- 1) Wolf-Lüke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, Seite 229 (Wolf)
- 2) vgl. Nachweise bei Wolf-Lüke-Hax, Seite 331, aber vor allem Mikat, Rechtsgeschichtliche und Rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip, FamRZ 1962, 81, 83, Anm. 13: "Wir wollen keinen Zweifel daran lassen, dass diese Scheidungstatbestände unserer Auffassung nach zu schweren Bedenken Anlass geben." Dort (aaO 82) ist auch die Frage behandelt, wie weit das Zerrüttungsprinzip auch die Verschuldenstatbestände beherrscht.
- 3) Bosch, Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie, Sieburg 1954, Seite 50
- 4) SJZ 1950, 626 bis 646

gleichung 1951 in Köln fordert Bosch eine Reform des Familienrechts und weist darauf hin, dass dabei Recht und Auffassungen der Kirchen und die überpositiv gültigen Grundwerte nicht vergessen werden dürfen¹⁾. Bosch ist der Auffassung, das Zerrüttungsprinzip fördere die Ehescheidung. Er fordert stattdessen ein "Eindämmen der Scheidungsflut durch Rechtsnormen"²⁾ und meint, "zu diesem Zweck sei das 'von den Nationalsozialisten 1938 in Deutschland eingeführte und vom Kontrollrat im wesentlichen übernommene Zerrüttungsprinzip'³⁾ "auf die Dauer gesehen, wieder abzuschaffen: Zum Teil müsse es wegen Ver-

1) vgl. den Bericht über die Tagung in JZ 1951, 700 und den auf ein Referat Boschs nach eingehender Erörterung gefassten Beschluss der Teilnehmer der vom 30. August bis zum 2. September 1951 in München abgehaltenen Katholischen Sozialen Woche: "Die christlichen Forderungen zum Ehe- und Familienrecht: 1 pp.

2. Das zivile Ehescheidungsrecht bedarf dringend einer Reform. Insbesondere sind alle Tendenzen zur einverständlichen Scheidung abzulehnen sowie ganz allgemein der Scheidungsspruch des allein oder überwiegend schuldigen Ehegatten (§ 48 EheG) zu beseitigen. Darüber hinaus müsste erwogen werden, ob nicht der sogenannte Zerrüttungsgrundsatz des Ehegesetzes wieder vom Verschuldensgrundsatz abgelöst werden sollte; ferner, ob nicht - vielleicht abgesehen vom Falle des Ehebruchs - Sperrfristen für Scheidung junger Ehen und die Wiederverheiratung schuldig geschiedener Ehepartner eingeführt werden sollten. Der Unterhaltsanspruch der unschuldig geschiedenen Frau ist im Interesse von Ehe und Familie erheblich zu verstärken", JZ 1951, 701, 702;

vgl. auch die Tagung der Akademie der Diözese Rotenburg vom 13./14. September 1952:

"Hinsichtlich der Ehescheidung wäre der Zerrüttungsgedanke noch gründlicher als durch § 1571 des Regierungsentwurfs eines Familienrechtsgesetzes vom 15. Juli 1952 zurückzudrängen...", zitiert nach Wolf-Lücke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, Seite 4.

2) Politisch-Soziale Korrespondenz vom 15. März 1953, Seite 10, zitiert nach Wolf-Lücke-Hax, Seite 2

3) Bosch, Grundsätzliche Auseinandersetzung um die Rechtsordnung in Ehe und Familie, Regensburg 1952/1953, Seite 11, zitiert nach Wolf-Lücke-Hax, Seite 3 und Neue Rechtsordnung Seite 58, zitiert aaO

stosses gegen Artikel 6 GG und die Menschenrechtserklärungen¹⁾ bereits als beseitigt gelten²⁾. Schliesslich hat Bosch - Jahre später - noch einmal die Verfassungsmässigkeit der auf dem Zerrüttungsgrundsatz beruhenden Vorschriften angezweifelt³⁾.

3. Wolf⁴⁾ hat die von Bosch geforderte Untersuchung veranstaltet. Er bekennt sich dazu, dass das Ehegesetz des Kontrollrats seit Aufhebung des Besatzungsstatuts durch die Pariser Verträge vom 5. Mai 1955 dem Grundgesetz unterworfen ist⁵⁾. Wolf⁶⁾ leugnet die von Bosch⁷⁾ vertretene These, dass Artikel 6 GG und die Menschenrechtserklärung "eine Zurückdrängung der Ehescheidung" fordert und das Zerrüttungsprinzip wegen Verstosses gegen Artikel 6 GG "zum Teil als beseitigt gelten muss"⁸⁾. Er meint, der Gedanke Boschs

-
- 1) Artikel 16 der UN-Menschenrechte-Deklaration von 1948
 - 2) Neue Rechtsordnung Seite 11, zitiert aaO Seite 3, die näheren Einzelheiten können aaO Seiten 1 bis 8 entnommen werden.
 - 3) FamRZ 1961, 68: "Es dürfte sicher geboten sein, den u. U. demoralisierenden § 46 EheG künftig ausdrücklich zu streichen. Ob diese Norm überhaupt verfassungskonform ist, sollte einmal gründlich geprüft werden."
 - 4) Wolf-Lüke-Hax, Seiten 233 ff
 - 5) aaO Seite 233 Anm. 1 mit Hinweis auf Beitzke, Familienrecht, 4. Aufl., Seite 66; Palandt-Lauterbach, BGB, Einleitung zum EheG 1B; abweichend OLG Braunschweig FamRZ 1955, 361 und LG Deggendorf NJW 1957, 954 f; unentschieden BGH NJW 1956, 1837.
 - 6) aaO 234
 - 7) Neue Rechtsordnung, Seite 48, zitiert aaO
 - 8) Dass das Zerrüttungsprinzip herrschend ist, ist neuerdings wieder betont worden, Joachim Gernhuber, Familienrecht 1964, Seiten 244, 245: "Scheidung aus anderen Gründen ist Scheidung aus Tatbeständen, die auch in ihrem rechtlichen Aufbau deutlich den Zerrüttungsgrundsatz als herrschenden Grundsatz des deutschen Scheidungsrechts erkennen lassen."

gehe fehl, weil er auf einer geschichtlich überholten Einstellung, die dem Geist des Grundgesetzes widerspreche, beruhe und weil er dem Grundgesetz die verfassungsrechtliche Entscheidung eines rein privatrechtlichen Sachproblems unterschiebe¹⁾.

Sodann wirft er Bosch vor, das Grundrecht der freien Persönlichkeitsentfaltung verkannt zu haben²⁾ und folgert aus dem Umstand, dass Bosch die Zulässigkeit von Konventionalscheidungen verneine und die totale Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Frage des ehelichen Entscheidungs- und Erziehungsrechts aus theologischen Gründen nachdrücklich ablehne³⁾, "dass es ihm (Bosch) bei der Auslegung des Grundgesetzes nicht um die darin niedergelegte verfassungsmässige Ordnung, ... sondern um eine von ihm gewollte, einseitig vorgebundene 'christliche Ordnung der Familie' geht, die er vermittels des Grundgesetzes durchzusetzen strebt".⁴⁾

Wolf überzeugt mit dem ersten Argument nicht. Es ist bereits in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der Strafbarkeit einfacher Homosexualität⁵⁾ widerlegt worden. Aber auch die bereits erwähnte Entscheidung vom 17. Januar 1957⁶⁾ spricht gegen die Richtigkeit des von Wolf Vorgebrachten. Wenn es richtig ist, dass der Verfassungsauftrag dem Staat verbietet, die Ehe zu schädigen oder sonstwie zu

1) aaO Seite 234 oben

2) aaO Seite 234: "Mit gleicher Berechtigung liesse sich behaupten, dass das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Artikel 2 GG die freie vertragliche Aufhebbarkeit der Ehe fordere."

3) Hinweis auf Bosch, Familienrechtsreform, Seite 83

4) Wolf-Lüke-Hax, Seite 234

5) BVerfGE 6, 389, 436 f; vgl. auch Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, Seiten 150 bis 157

6) BVerfGE 6, 55 ff

beeinträchtigen, dann kann kaum die Rede davon sein, dass die Frage nach der Scheidung - gleichgültig, wie sie gestellt wird - ein privatrechtliches Sachproblem betrifft, dessen verfassungsrechtliche Entscheidung der Grundgesetzgeber nicht gewollt hat. Sie ist im Gegenteil verfassungsrechtlich relevant, weil sie den Bestand der Ehe überhaupt entscheidend mitbestimmt.

Es mag sein, dass Bosch bestrebt ist, die "christliche Ordnung der Familie" durchzusetzen, vielleicht auch "vermittels des Grundgesetzes"¹⁾. Das ist das Recht jedes verantwortlich am Gemeinwohl Arbeitenden. Dem Hinweis auf das Vorhandensein einer pluralistischen Gesellschaft²⁾ ist allerdings nachzugehen. Dabei ist zunächst festzustellen, dass sich das Grundgesetz zur "Verantwortung vor Gott und den Menschen"³⁾ bekennt.

1) Wolf-Lücke-Hax, Seite 234

2) aaO, Anm. 8

3) Präambel des Grundgesetzes:

"Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen... hat das Deutsche Volk ... dieses Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beschlossen"; vgl. auch von Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. "Präambel" Kap. III: "In wörtlicher oder doch zumindest sinngemässer Übereinstimmung mit den einschlägigen Formulierungen mehrerer Landesverfassungen (Hinweis auf diejenigen von Baden, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Württemberg-Baden, Württemberg-Hohenzollern und wegen der negativen Formulierung schliesslich auch Bayern) betont der Verfassungsgeber an erster Stelle das 'Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott'. Diese auf Empfehlung der Abgeordneten Dr. Süsterhenn (CDU) und Dr. Seehofer (DP) in die Präambel einbezogene und auf Grund eines Vorschlages des Abgeordneten Dr. Heuss (FDP) formulierten Wendung bietet ein 'ethisches Fundament von absoluter Tragfähigkeit'".

Im Schrifttum wird betont¹⁾, entgegen der früher üblich gewesenen Meinung, dass die Präambel eines Gesetzes nicht zu dessen Inhalt gehöre und deshalb für seine Betrachtung und Bewertung gleichgültig sei, habe sich seit einiger Zeit die Meinung durchgesetzt, dass es sich dabei um einen integrierenden Bestandteil handle. Dies habe aber sachlich nur beschränkte Bedeutung. Eine Präambel sei nach jener neuen²⁾ Auffassung zwar Bestandteil der Verfassung, doch enthalte sie keine rechtsverbindlichen Vorschriften, sie sei nur enuntiativ oder deklaratorisch geartet. Immerhin höben die darin ausgesprochenen Gedanken "gewisse Leit motive der Verfassung" hervor, "die für die Auslegung der Einzelbestimmungen richtungweisend sind"³⁾, seien ihre Aussagen "rechtlich als Auslegungsregel für das geltende und als Richtschnur für das künftige Recht belangvoll"⁴⁾.

Diese Auffassung ist vom Bundesverfassungsgericht nicht geteilt worden. Es hat ausgesprochen⁵⁾, dass der Vorspruch zwar politisches Bekenntnis sei, darüber hinaus aber auch rechtlichen Gehalt habe.⁶⁾ Das

1) von Mangoldt-Klein, aaO Kap. II 2

2) nicht belegten

3) Zitat: Nawiaski-Leusser, Die Verfassung des Freistaats Bayern vom 2. Dezember 1946, München 1948, Vorspruch, Erläuterung 2

4) Zitat: Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin, 8 Aufl. 1931, Präambel, Anm. 1

5) Urteil vom 17. August 1956 - KPD-Verbot - BVerfGE 5, 85, 127

6) aaO 127, 128: "Dem Vorspruch des Grundgesetzes kommt naturgemäss vor allem politische Bedeutung zu. Er geht von der Vorstellung des fortbestehenden gesamtdeutschen Staates aus und betrachtet die von ihm aufgerichtete Staatsordnung als eine Ausübung gesamtdeutscher Staatsgewalt auf einem räumlich zunächst beschränkten Gebiet. Er ist daher politisches Bekenntnis, feierlicher Aufruf des Volkes zu einem Programm der Gesamtpolitik, das als wesentlichsten Punkt die Vollendung der deutschen Einheit in freier Selbstbestimmung enthält. Darüber hinaus hat aber der Vorspruch auch rechtlichen Gehalt. Er beschränkt sich nicht auf gewisse rechtlich erhebliche Feststellungen und Rechtsverwahrungen, die bei der Auslegung des Grundgesetzes beachtet werden müssen. Vielmehr ist aus dem Vorspruch für alle politischen Staatsorgane der

Bundesverfassungsgericht spricht vom "Gebot der Verfassung."

Diese Auffassung wird auch im Schrifttum vertreten¹⁾.
Süsterhenn-Schäfer meinen zum Inhalt des Gebotes²⁾,

Fortsetzung Fussn. 5) Seite 94:

Bundesrepublik Deutschland die Rechtspflicht abzuleiten, die Einheit Deutschlands mit allen Kräften anzustreben, ihre Massnahmen auf dieses Ziel auszurichten und die Tauglichkeit für dieses Ziel jeweils als einen Maßstab ihrer politischen Handlungen gelten zu lassen... Nach der negativen Seite hin bedeutet das Wiedervereinigungsgebot, dass die staatlichen Organe alle Massnahmen zu unterlassen haben, die die Wiedervereinigung rechtlich hindern oder faktisch unmöglich machen. Das führt aber zu der Folgerung, dass die Massnahmen der politischen Organe verfassungsgerichtlich auch darauf geprüft werden können, ob sie mit dem Wiedervereinigungsgebot vereinbar sind";
siehe auch BVerwG vom 30. Mai 1960, BVerwGE 11, 9, 13; "Ebenso wie hiernach (Bezugnahme auf BVerfGE 5, 127) aus dem Vorspruch des Grundgesetzes bestimmte Rechtspflichten für das politische Handeln unserer Staatsorgane abzuleiten sind, müssen daraus aber auch bestimmte Grundsätze für die Auslegung der Gesetze gewonnen werden. Auch die Gerichte handeln bei der Auslegung der Gesetze als Staatsorgane, für die die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Rechtspflichten ebenso gelten müssen wie für andere Staatsorgane."
Siehe schliesslich BVerwG vom 13. September 1961 in DÖV 1962, 65 - MDR 1961, 1041.

1) Süsterhenn-Schäfer, Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, Koblenz 1950, Vorspruch Seite 62; Trautmann, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Tübingen 1951, Seite 33; Schuschnigg, Die Verfassung des Bundesstaates Österreich, Leipzig-Wien-Berlin 1936, Seite 32; You, Le Préambule des traités internationaux, Fribourg, 1941, Seite 11; sämtlich zitiert nach Lehmann-Brauns, Die staatsrechtliche Bedeutung der Präambel des Grundgesetzes, Dissertation Berlin 1965, Seite 73.

2) aaO

"dass der Verfassungsgeber sich nicht als Träger einer absoluten Volkssouveränität betrachte, sondern die Pflicht zur Unterwerfung unter Gottes Gebot auch für den staatlichen Bereich bejaht". Andere¹⁾ sehen nur Auslegungsregeln. Apelt²⁾ verneint jede Bindung mit der Begründung, das Verlangen nach einer ethischen Schranke für die Staatstätigkeit sei weder erfüllbar noch vollziehbar³⁾. Hamann⁴⁾ verneint ein vom Verfassungsgeber gewolltes Bekenntnis zum christlichen Staat ganz, indem er darauf hinweist, dass der Vorspruch in seinem religiös-ethischen Gehalt nur aus dem Bedürfnis des Staates nach ethischer Legitimation seiner Existenz erklärt werden könne und im übrigen die These vom "christlichen Staat" sogar unvereinbar mit der Auffassung der evangelischen Kirche selbst sei.

Im Ergebnis wird den zuletzt genannten Autoren beizupflichten sein, weil der Versuch, das Staatsrecht vom christlichen Bekenntnis her zu interpretieren und die Verantwortung vor Gott zum juristischen Gebot zu machen, "im Nebel konfessioneller Dispute"⁵⁾ enden müsste. "Das Fehlen hinreichender Sinngewissheit, der Wortlaut, die mangelnde Verknüpfung mit dem staatlichen Bereich und der Gehalt des ethische religiösen Teils der Präambel sprechen gegen die Annahme einer religiösen Bindung für die staatlichen Organe⁶⁾. Sie sind der Wunsch des Verfassungsgebers nach ausserrechtlicher Legitimierung seiner Entscheidung", ohne rechtlich relevant zu sein⁷⁾". Der Vorwurf, Bosch wolle die

1) für alle ByerVerfGH, Beschluss vom 24. Oktober 1956, DÖV 1956, 762 mit weiteren Hinweisen

2) Betrachtungen zum Bonner Grundgesetz in NJW 1949, 481

3) vgl. Lehmann-Brauns, aaO, Seite 74

4) Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. Aufl. Neuwied-Berlin 1961, Präambel C 1

5) Lehmann-Brauns, aaO, Seite 76

6) Lehmann-Brauns, aaO, Seite 77

7) Lehmann-Brauns, aaO, Seite 78

"christliche Ordnung der Familie vermittelt des Grundgesetzes durchsetzen", ist, da der Vorspruch des Grundgesetzes, wie dargelegt, nichts hergibt, und da durch Artikel 3 Absatz 3 GG und Artikel 4 Absätze 1 und 2 GG die Freiheit auch zu irreligiösen oder gar religionsfeindlichen Weltanschauungen zugesichert ist, nicht von der Hand zu weisen.

4. Abgesehen von dem Dargelegten wäre es unrichtig, aus dem Wortlaut des Vorspruchs ableiten zu wollen, dass nur christliche Grundsätze das politische Geschehen bestimmen dürften; denn der Wortlaut handelt von der Verantwortung vor Gott und den Menschen, also auch denjenigen, die sich nicht zum Christentum bekennen oder es bekämpfen. Aber selbst die Verantwortung vor Gott allein würde nicht gebieten, die nicht-christliche Minderheit des Volkes zu majorisieren. Es ist vielmehr ein Weg zu finden, der es ermöglicht, eine dem Volk in seiner Gesamtheit¹⁾ tragbare Lösung zu geben,²⁾ die den Forderungen sowohl der Präambel

- 1) "zwischen der Szylla einer pluralistischen Anarchie oder der Charybdis des totalen Staates", Götz Briefs "Pluralismus" in Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 6. Band, Freiburg, 6. Aufl. 1961, Spalte 300
- 2) vgl. Ernst Fraenkel, Der Pluralismus als Strukturelement der Demokratie, Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, München und Berlin 1965, Band II (Sitzungsberichte) B 1, 8:
"Die pluralistische Theorie des Gemeinwohls bestreitet keineswegs, dass es weite Gebiete des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens gibt, über deren Ordnung ein consensus omnium vorliegt; ja sie betont mit Nachdruck, dass auf die Dauer ein Staat nicht lebensfähig ist, in dem weder über ein Minimum fundamentaler, noch über zahlreiche detaillierte Fragen der Wirtschaft, Gesellschaft und Politik eine weitgehende Übereinstimmung besteht. Sie nimmt jedoch den Umstand, dass es weite Gebiete des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens gibt, über deren Regelung Meinungsverschiedenheiten zwischen verschiedenen Gruppen existieren, nicht nur mit Gleichmut hin, sondern erachtet dies als unvermeidlich, ja geradezu als ein Indiz eines in Freiheit pulsierenden öffentlichen Lebens. Sie hält es weder für wünschenswert noch für möglich, dass in einem freiheitlichen Staatswesen ein einheitlicher Gemeinwille besteht, der die divergierenden Gruppenwille restlos in sich aufsaugt. Sie glaubt, dass die kollektive Geltendmachung von partikulären

als auch des Artikels 6 Absatz 1 des Grundgesetzes entspricht. Findet sich diese Möglichkeit, so wären die Vorschriften über die Scheidung aus anderen Gründen allein aus diesem Grunde gültig. Für diese Frage hat es keine Bedeutung, dass das Kontrollratsgesetz vorkonstitutionelles Recht setzt. Abgesehen von der Prüfungszuständigkeit unterscheiden sich nämlich vor- und nachkonstitutionelle Gesetze bei einer Auslegung im Hinblick auf die Verfassung nicht¹⁾. Auch für das vorkonstitutionelle Gesetz besteht die Vermutung, dass es mit dem Grundgesetz

Fortsetzung Fussn. Seite 97:

Interessen unerlässlich erforderlich ist, um zu verhüten, dass entweder der Wille einer autokratisch-staatlichen oder der Wille eines Oligopols nicht minder autokratisch privater Bürokratien in kontroversen Fragen entscheidet. Die offene Austragung der in jedem freien Staat unausbleiblichen Meinungsverschiedenheiten und die Kompromisse, durch die diese Konflikte beigelegt werden, betrachtet sie als den einzig geeigneten Weg, eine tragbare Lösung für Probleme zu finden, über die ein consensus omnium nicht besteht...

Wer sich zu dem Grundsatz der Inkompatibilität von Gemeinnutz und Eigennutz bekennt, darf auch heute noch auf den Beifall seiner Zuhörer rechnen, der um so lauter sein wird, je grösser der Kreis ist, den er anspricht. Nach wie vor sind wir einer politischen Mentalität hörig, die im offenkundigen Widerspruch zu unserer politischen praktischen Betätigung steht. Wir stehen unter dem Bann von politischen Vorstellungen, die ich als Anti-Pluralismus bezeichnen möchte. Nur wenn wir das zeitweilig leidenschaftlich erregte, seit langem auf der internationalen Tribüne geführte Gespräch zwischen Pluralismus und Anti-Pluralismus in seinem Kerngehalt verstanden haben, können wir begreifen, wie grotesk es ist, dass wir gleichzeitig unsere Gegner des Totalitarismus bezichtigen und uns unseres eigenen Pluralismus schämen."

- 1) Wolf-Dieter Eckardt, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, Berlin 1964, Seite 37

vereinbar ist¹⁾. Sie wird begründet damit²⁾, dass im Interesse der Rechtssicherheit "ein gesetzlicher Erlass" nicht leichtfertig für verfassungswidrig erklärt werde³⁾ und aus diesem Grunde das Gebot bestehe, "in favorem legis" ⁴⁾ zu entscheiden.⁵⁾

5. Von dem gewonnenen Standpunkt aus können wir an den Anfang unserer Überlegungen dieses Kapitels zurückkehren. Es wird sich zeigen, dass die in dieser Arbeit behandelten Entscheidungen der Oberlandesgerichte, aber genau so die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nichts anderes sind, als verfassungskonforme Interpretationen des Gesetzes. Geht man von der Ehe als Institution aus⁶⁾, so darf das Wesen dieser Institution, nämlich "die auf höherer Ebene als andere Verträge gelegene gegenseitige Verpflichtung zu lebenslanger Verbundenheit"⁷⁾ durch den Staat nicht

1) aaO, Seite 40;

a. A. Helmut Michel, Die verfassungskonforme Auslegung JuS 1961, 274, 275 und Bernd Bender, Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Auslegung MDR 1959, 441, 442, 446

2) vgl. Max Imboden, Normkontrolle und Norminterpretation in Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, Seiten 133, 138, 139, zweifelnd 142, 143; Friedrich Schack, Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, 269

3) Imboden aaO, Seite 138

4) Imboden aaO, Seite 139

5) vgl. Otto Bachof, Die Prüfungs- und Verwerfungs-kompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz, Archiv des öffentlichen Rechts 87, 1, 18

6) Auf den Streit über die eherechtliche Institutionslehre möchte ich nicht näher eingehen, weil er ausreichend dargelegt ist, vgl. Ernst Wolf in Wolf-Lücke-Hax, Seiten 242 bis 270, insbesondere gibt Wolf, aaO Seiten 323, 324, zu, dass der Bundesgerichtshof, "obwohl er das Wort 'Institut' nicht gebraucht, in seiner Grundeinstellung doch von einer institutionellen Auffassung der Ehe ausgeht..."; vgl. Bosch, Ehe und Familie in der Rechtsordnung, Fam RZ 1966, 57, 61

7) BGH vom 22. Januar 1951, BGHZ 1, 87, 90, 91

geschädigt werden; denn "die Ehe besteht ihrem sittlichen Wesen nach, wie es auch das geltende Eherecht trotz der von ihm vorgesehenen Scheidungsmöglichkeiten zugrunde legt, in der Begründung und fortwährenden Verwirklichung einer bis zum Tode eines Ehegatten fortdauernden und zur Familiengemeinschaft sich erweiternden Lebensgemeinschaft der Ehegatten"¹⁾.

In dieser Arbeit geht es um die Rechtsprechung deutscher Gerichte. Es kann also von der gefestigten Auffassung über das Wesen der Ehe als einer Institution ausgegangen werden.

a) Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg vom 21. Dezember 1961²⁾ hat darauf abgestellt, dass "die vom Kläger glaubhaft geschilderten Versagungserscheinungen der Beklagten nicht von einer Gegnerschaft gegen ihn diktiert waren". Das Oberlandesgericht Braunschweig hat in dem Urteil vom 4. März 1954³⁾ dargelegt, "das vom Kläger behauptete Verhalten der Beklagten" könne "darum nicht als schwere Eheverfehlung angesehen werden, ... weil dieses Verhalten... gerade die unmittelbare Auswirkung der geistigen Erkrankung der Beklagten bildete". Wir sehen, dass das Wesen der geistigen Störung von den Gerichten nicht im freien Raum erörtert worden ist, sondern ganz eng bezogen auf den zu entscheidenden Fall und das Wesen der Ehe, wie die Rechtsprechung es sieht. Hier wird

1) BGH vom 18. Juni 1955, BGHZ 18, 13, 17, 18: "Sie als eine solche Lebensgemeinschaft zu verwirklichen, ist demgemäss auch der Inhalt des Ehegelöbnisses. Nach diesem ihrem Wesensbild ist die Ehe grundsätzlich unlöslich; denn die tiefen persönlichen Beziehungen, die in der geschlechtlichen Gemeinschaft zwischen Mann und Frau und in der Familiengemeinschaft zwischen Eltern und Kindern begründet und entfaltet werden, vertragen es ihrem Wesen und ihrem inneren Werte nach nicht, als Beziehungen 'auf Zeit' aufgefasst zu werden (vgl. auch § 13 Absatz 2 EheG). Sie grundsätzlich auch vom sittlichen Standpunkt aus von vornherein der Möglichkeit einer Lösung und der Ersetzung durch entsprechende Beziehungen zu anderen Personen auszusetzen, würde bedeuten, sie in ihrem wesensmässigen Bestand und in ihrem inneren Wert anzutasten und mit dem Keim des inneren Zerfalls zu behaften" (Unterstreichungen vom Verfasser).

das Gesetz ganz offensichtlich mit der Verfassungsnorm interpretiert, ohne dass das allerdings wörtlich zum Ausdruck gebracht worden wäre. Ähnliches muss für den Hammerfall und das ihn beendende Urteil des Oberlandesgerichts Bremen vom 19. Juli 1951¹⁾ gelten. Es wäre ein Leichtes gewesen, in den drei Fällen die geistige Störung und ein auf ihr beruhendes Verhalten (§ 44 EheG) zu bejahen. In anderen Lebensbereichen wäre das auch wohl zutreffend gewesen. Hier misst sich ein der Ehe begrifflich nicht verwandtes Tatbestandselement am Wesen der Ehe. Wir können von einer verfassungskonformen Interpretation sprechen.

b) Im Bereich des § 45 EheG findet sich vor allem die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30. Juni 1965²⁾. Hier geht es um die Frage der geistigen Gemeinschaft zwischen den Eheleuten. Auch dieser Begriff wird am Wesen der Ehe als einer grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft gemessen. Damit wird zugleich der besondere Schutz der staatlichen Ordnung nach Artikel 6 des Grundgesetzes Wirklichkeit. Ganz allgemein muss unter geistiger Gemeinschaft zwischen Eheleuten ein unerhört vielfältiges Spiel von Wirkungen und Gegenwirkungen im geistigen Bereich verstanden werden. Nun ist es zwar eine Tatsache, dass die geistige Gemeinschaft im Laufe des Lebens Wandlungen unterworfen ist. "Ist es zu Beginn der Ehe das Bestreben, Nachkommenschaft zu erzeugen und aufzuziehen³⁾, so bleibt dem Alter die gegenseitige Pflege in kranken Tagen und die Sicherstellung der Versorgung. Beides unterscheidet sich in seinem objektiven Wert nicht voneinander. Die eheliche Lebensgemeinschaft ist nämlich nicht teilbar. Sie wandelt sich in ihrer äusseren Erscheinungsform mit dem Menschen und behält dabei stets die gleiche Qualität⁴⁾."

Fussn. Seite 100:

- 2) Seite 49 der Arbeit
- 3) Seite 50 der Arbeit
- 1) Seite 53 der Arbeit
- 2) FamRZ 1965, 499, 500, 501
- 3) KG Urteil vom 17. Januar 1963 - 8 U 1666/62 -
- 4) Hinweis auf BGH FamRZ 1962, 422

Dieser natürliche Wandel der Gemeinschaft entspricht aber in der Regel einem dem Wesen beider Ehepartner eigenen Prozess der Veränderung. Eine das Wesen der Lebensgemeinschaft beeinträchtigende Divergenz entsteht erst dann, wenn nur ein Ehepartner seine natürliche Gemeinschaftsfähigkeit und -bereitschaft ändert und dadurch das Gemeinschaftsgefühl des noch voll Lebentüchtigen ins Leere geht. Hier wird die Lebensgemeinschaft objektiv gemindert. Wie sehr nun diese Minderung hingenommen werden soll, kann verschieden beurteilt werden, je nachdem, an welchem Idealfall der Lebensgemeinschaft sie gemessen wird. Ein reines Freundschaftsverhältnis, das erfüllt gewesen sein mag von Liebe und Hingabebereitschaft wird in der Regel bei sachgerechter Betrachtung als aufgehoben gelten müssen, wenn der eine Partner in Geisteskrankheit verfällt, weil die unter Freuden übliche Liebe und Hingabe mit der Unfähigkeit des einen Partners endet, aufzunehmen und zu erwidern. Würde sich der gesunde Partner abwenden, wäre das Verhältnis zu Ende. Anders beurteilt der Bundesgerichtshof die geistige Gemeinschaft in der Ehe. Hier erwartet er von dem gesunden Partner aus dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft heraus eine erhöhte Anpassungs- und Verständigungsbereitschaft¹⁾. Das wäre unter dem Gesichtspunkt der sittlichen Rechtfertigung des Scheidungsbegehrens leicht verständlich. Der Bundesgerichtshof erörtert das alles aber bei der Frage des Weiterbestehens der Lebensgemeinschaft. Er misst also die Norm des § 45 EheG am Wesen dieser Gemeinschaft. Sie soll bis auf jenes Minimum zurückgeführt noch vorhanden sein, das "dem Oberlandesgericht die Frage nahelegen musste, ob nicht auch hier in einer entscheidenden Beziehung durchaus noch eine geistige Gemeinschaft unter den Ehegatten möglich wäre, wenn der Kläger seinerseits das ihm Mögliche und Zumutbare dazu zu tun bereit wäre, so, wenn er etwa die Beklagte regelmässig zum

1) Hinweis auf Mikat FamRZ 1964, 4ff und BGH LM Nr. 4 zu § 47 und Nr. 5 zu § 44 EheG

Wochenende besuchen, gelegentlich mit ihr gemeinsam Rundfunksendungen anhören oder sie auf eine sonstige Weise - etwa durch eine gemeinsame Lektüre - unterhalten und sie durch gelegentliche Geschenke erfreuen würde."¹⁾

Auch in diesen Ausführungen sehen wir ein Beispiel verfassungskonformer Auslegung, die bereit ist, den besonderen Schutz der Ehe wirklich bis zum Äussersten zu gewährleisten.

c) Besondere Schwierigkeiten in Beziehung auf verfassungsrechtliche Bedenken bietet die Vorschrift des § 46 EheG. Sie hat wenig Anlass zu Erörterungen in der Rechtsprechung gegeben. Aber auch hier zeigen sich Ansatzpunkte für Möglichkeiten einer verfassungskonformen Interpretation. Das Oberlandesgericht Celle hat in einer Entscheidung vom 17. Oktober 1941²⁾, freilich vorkonstitutionell, angenommen, epileptische Anfälle, bei denen sich das Gesicht verzerrte und blutiger Schaum vor den Mund trat, seien nicht ekel-erregend³⁾. Das Oberlandesgericht hat dann hilfsweise

1) Weiter heisst es in der Entscheidung: "Nach den bisherigen Feststellungen des Oberlandesgerichts über den Zustand der Beklagten und ihren Äusserungen gegenüber dem Sachverständigen erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte noch in der Lage sein würde, ein solches Verhalten des Klägers als einen Ausdruck seiner ehelichen Gesinnung und Opferbereitschaft zu empfinden und es mit Äusserungen der Dankbarkeit, des Vertrauens, der Achtung und der Liebe zu erwidern. Wenn aber die Möglichkeit solcher oder ähnlicher seelischer Kontakte auf Seiten der Beklagten noch bestehen sollte, so würde das bedeuten, dass das Zustandekommen bzw. die Aufrechterhaltung einer geistigen Gemeinschaft unter den Ehegatten nicht an der Krankheit der Beklagten zu scheitern brauchte, sondern jetzt durch die fehlsame Einstellung des Klägers zu dieser Krankheit und durch sein nicht ehedemässes Verhalten zu der Beklagten verhindert wird."

2) HRR 1942, 264

3) Das Gericht führt aus: "Zwar wird nach dem Schrifttum wohl auch ein solcher Fall als ekelerregende Krankheit im Sinne von § 52 EheG (1938 d. Verf.) angesehen - v. Scanzoni, Grossdeutsches Ehegesetz, 2. Aufl. 1939 Anm. 6 zu § 52 -. Dem vermag aber der Senat nicht zu folgen. Eine solche Krankheit mag bei Augenzeugen, namentlich solchen, die einen

auch die Voraussetzungen der Scheidung nach der Härteklausel - § 54 EheG 1938 - verneint, weil die Ehe fünf Jahre bestand, ein Kind vorhanden war und der Kläger bei Eingehen der Ehe wusste, dass seine Frau an Epilepsie litt.

Dadurch wird der Entscheidung manches an Durchschlagskraft genommen, was im Schrifttum bisher nicht zum Ausdruck gekommen ist. Es wird aber nicht bestritten werden können, dass die Richter jenes Falles sich nicht nur vom objektiven Befund einer ekelerregenden Krankheit haben leiten lassen. Es kann füglich nicht in Zweifel gezogen werden, dass die beschriebenen Merkmale in der Regel Abscheu und Ekel erregen. Der Grund, warum das in der Entscheidung angezweifelt worden ist, kann daher nur in einem Maßstab gefunden werden, der nicht das Wesen der Krankheit, sondern das Wesen der Ehe zum Gegenstand hat. An ihr gemessen, verliert die objektiv ekelerregende Krankheit ihre Schrecken. An ihr gemessen, kann der eingetretene Ekel des gesunden Ehegatten nicht zur Scheidung führen; das aber nicht in erster Linie aus dem Grund der Härteklausel, sondern wegen der Veränderung des Begriffs der ekelerregenden Krankheit bei einer dem Wesen der Ehe gemässen Auslegung des Gesetzes.

d) Noch deutlicher wird die verfassungskonforme Auslegung bei den zu § 47 EheG ergangenen Entscheidungen. Das Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 23. Februar 1961¹⁾ fordert vom Kläger, das grob ehewidrige Verhalten seiner Ehefrau hinzunehmen. Es meint, die Zerrüttung der Ehe habe ihre Ursache in der mangelnden Bereitschaft des Klägers zur Anpassung und nähert

Fotsetzung Fussn. 3 Seite 103:
solchen Anblick nicht gewöhnt sind, unangenehme Gefühle auslösen. Aber das sind Gefühle des Grauens und des Mitleids mit dem Kranken, niemals jedoch solche des Ekels..."

1) Seite 63 der Arbeit

sich damit in der Begründung der erwähnten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30. Juni 1965¹⁾. Die Anforderungen zum Ausharren werden hoch gestellt, höher als irgendwo sonst im Eherecht. Das kann nur seinen Grund in dem besonderen Schutz, den die Ehe nach dem Grundgesetz genießt haben und erweist sich wiederum als die versteckte verfassungskonforme Auslegung der "Härteregelung" in § 47 EheG. Ganz deutlich wird diese besondere Einstellung der rechtssprechenden Gewalt zum Wesen der Ehe als einer sittlichen Einrichtung, die es zu schützen gilt, in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg vom 23. Januar 1964²⁾, in der über alles sonst übliche Mass hinaus vom Kläger gefordert wird, seiner Ehefrau in der Not ihrer Krankheit beizustehen und sie nicht zu verlassen. Die Entscheidung verdient im Zusammenhang mit verfassungsrechtlichen Erwägungen besonderer Beachtung. Es muss als ein Beispiel der Verfassungstreue gewertet werden, dass das Oberlandesgericht in fast emotional zu nennender Erregtheit ausruft, das Unvermögen der Beklagten, den Haushalt zu versorgen, könne "noch lange nicht" als Grund für ein sittlich berechtigtes Scheidungsbegehren angesehen werden.

In allen Entscheidungen wird - wie dargelegt - schließlich ausgesprochen, dass die eigene Abwendung vom kranken Ehepartner durch Anknüpfung ehewidriger Beziehungen die Scheidung in der Regel ausschliesst.

1) FamRZ 1965, 499

2) Seite 70 der Arbeit

IV. Schlussbemerkung

Es ist versucht worden, anhand einiger Fälle das Bemühen deutscher Obergerichte um eine gerechte Lösung von Eherechtsstreitigkeiten darzustellen, in denen nicht das Verschulden und nicht die Heimtrennung, sondern die körperliche und geistige Erkrankung eines Ehepartners Grund für die begehrte Ehescheidung bieten soll. Es ist im Laufe der Untersuchung deutlich geworden, in welchem hohen Masse die Gesellschaft Mitverantwortung trägt für den Kranken und geistig Schwachen, dass sie aufgerufen ist, den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung dem zuzuwenden, der seiner in besonderer Weise bedarf. Sie ist aufgerufen, dem Nächsten in der Not seines Lebens beizustehen. In diesem Sinne gewinnt das Eherecht und in ihm besonders der Abschnitt über "die Scheidung aus anderen Gründen" eine bestimmte soziale Bedeutung.

Die Untersuchung hat aber auch gezeigt, dass die Gerichte als berufene Organe der staatlichen Gewalt sich dieser Aufgabe nicht verschlossen, sondern sie erfüllt haben. Es hat sich ergeben, dass rechtstheoretische Betrachtungen nur bedingt und unter ganz besonderen Umständen in der Lage sind, auf dem Gebiet des Ehescheidungsrechts segensreich Einfluss auszuüben. Die Gerichte sind von der Rechtsdogmatik verlassen, an ein undogmatisches Gesetz gebunden¹⁾ und damit im letzten ganz auf sich gestellt. Es ist das, was in allerjüngster Zeit von Bosch²⁾ wieder betont wird. Eine Fülle von unbestimmten Rechtsbegriffen gilt es auszufüllen³⁾. Der Richter hat "soziale Gegebenheiten zu bewerten"⁴⁾, er wird zum

1) vgl. den Satz bei Glasson, Le mariage civil, et le divorce, 1880: "... le législateur prussien n'a pas compris la sainteté du mariage" (nach Mayer, Verhandlungen des XII. Deutschen Juristentages II, 93).

2) Ehe und Familie in der Rechtsordnung - insbesondere ein Beitrag zum Thema Gesetz und Richter" - in FamRZ 1966, 57ff

3) Bosch aaO: "Bei Betrachtung all dieser verschie-

"Mittler des sozialen Ausgleichs"¹⁾, "Gesetz und Richteramt schaffen dem Volke sein Recht"²⁾. Die Rechtsschöpfung praeter legem oder gar contra legem ist den Gerichten aufgetragen³⁾. Die Richtschnur ihres Handelns erhalten sie aus der Erfahrung ihrer Richter, dem Gewissen und schliesslich dem geschulten, unbestechlichen, aufrechten und auch durch das Tagesgeschehen und die scheinbar einhellige, weil nur noch im Massenmedium zutage tretende Volksmeinung nicht beeinflussbaren Gerechtigkeitsgefühl. Dieses Gerechtigkeitsgefühl, auf das es ankommt, entzieht sich weitgehend der Analyse. Es kann nur in seiner Entfaltung dargestellt, vom Leser in seinen Merkmalen aufgenommen und eigenen Denkfaktoren beigegeben werden.

Fortsetzung Fussn. 3) Seite 106:

denen 'unbestimmten Rechtsbegriffe' und dem Versuch, sie auf den Einzelfall anzuwenden, fragt man notgedrungen stets erneut:

Was ist Sittlichkeit?

Was ist Billigkeit, was grobe Unbilligkeit?

Was ist zumutbar, was 'triftiger' oder 'wichtiger' Grund,

was 'Wesen der Ehe',

was eheliche Lebensgemeinschaft,

was eine 'schwere Eheverfehlung'?

Wo sind, woher entnehmen die Richter und wir die Kriterien, diese Worte zu konkretisieren?"

- 4) Bosch aaO Seite 68 mit Hinweis auf Larenz, Methodenlehre Seite 215ff
- 1) Bosch aaO Seite 68 mit Hinweis auf F. Baur in JZ 1957, 193
- 2) Bosch aaO Seite 69 mit Hinweis auf Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt, 1885, Seite 48
- 3) Bosch, aaO Seite 69

V. A n h a n g

Verzeichnis der bekanntgewordenen einschlägigen
unveröffentlichten Entscheidungen

Bundesgerichtshof

IV ZR 10/63 vom 30. Oktober 1963

Kammergericht in Berlin

8 U 3968/49	vom 12. Juli	1950
8 U 693/50	vom 20. Juni	1951
8 U 680/53	vom 9. November	1953
8 U 634/55	vom 22. September	1955
8 U 1430/55	vom 3. Oktober	1955
8 U 1334/56	vom 3. Februar	1958
4 U 159/59	vom 30. April	1959
8 U 2257/60	vom 29. März	1962
8 U 473/60	vom 12. Juli	1962
8 U 574/61	vom 20. September	1962
8 U 1666/62	vom 17. Januar	1963
8 U 2150/62	vom 28. März	1963
8 U 2222/63	vom 25. März	1965

Oberlandesgericht Braunschweig

2 U 155/49	vom 23. Dezember	1949
2 U 146/53	vom 4. März	1954
2 U 170/55	vom 29. März	1956

Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen

1 U 312/57	vom 11. April	1958
2 U 155/49	vom 19. Juli	1951

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

6 U 170/61	vom 21. Dezember	1961
6 U 90/62	vom 30. Mai	1963
6 U 187/63	vom 25. Januar	1964

Oberlandesgericht Hamm

10 U	53/60 vom 22. November	1960
5 U	115/62 vom 21. Oktober	1963
12 U	86/63 vom 21. Februar	1964

Oberlandesgericht München

4 U	158/54 vom 9. Dezember	1954
5 U	1937/56 vom 18. Juni	1957
4 U	234/57 vom 27. Januar	1959
4 U	280/59 vom 15. März	1960
4 U	151/58 vom 10. Mai	1960
5 U	644/60 vom 21. Februar	1961
5 U	1186/61 vom 5. Dezember	1961
8 U	1106/61 vom 12. Oktober	1962
4 U	214/61 vom 18. Dezember	1962

Oberlandesgericht Nürnberg

2 U	123/59 vom 23. Februar	1961
1 U	6/60 vom 17. November	1961
1 U	103/61 vom 2. März	1962

Es ist mir eine angenehme Pflicht,
Herrn Professor Dr. Mikat für die
Anregung zu dieser Arbeit Dank zu
sagen.

L e b e n s l a u f

Am 16. November 1927 bin ich, August Wilhelm Kayser, als Sohn des Dr. phil., Dr. iur. August Kayser und seiner Ehefrau Dorothea geborenen Brüning in Berlin geboren.

Von 1934 bis 1946 besuchte ich mit Unterbrechungen durch den Wehrdienst die Schule und schloss sie mit der Reifeprüfung ab.

Von 1946 bis 1950 studierte ich Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität und an der Freien Universität in Berlin. Meine Lehrer waren Günter Brandt, Heinrich Mitteis und Hans Peters.

Im Februar 1950 bestand ich die erste, im Dezember 1953 die zweite Staatsprüfung. Seit 1954 bin ich Richter im Lande Berlin, seit 1961 Kammergerichtsrat.

